Das

Prinzip der Rechtskraft

Eine [illegible] Abhandlung

von

W. [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Das
Prinzip der Rechtskraft.

Eine zivilistische Abhandlung

von

W. Endemann,
Obergerichtsassessor zu Fulda.

Heidelberg.
Verlag von Bangel und Schmitt.
1860.

Druck von G. Reichard in Heidelberg.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Der Versuch, abermals die Lehre von der Rechtskraft, oder richtiger, von der rechtskräftigen Sentenz, darzustellen, bedarf an sich keiner Erklärung, oder gar Entschuldigung.

Die Zeit, in der man sich beklagen durfte, daß dieser Abschnitt des Rechts ziemlich vernachlässigt worden, ist allerdings vorbei. Keine geringe Zahl von juristischen Schriftstellern hat sich mit diesem Gegenstand in den letzten Jahrzehnten beschäftigt. Allein die oft erneuerte Behandlung desselben zeigt, weit entfernt, das eigentliche Wesen der Sache zu erschöpfen, vielmehr deutlich an, daß die innere Nothwendigkeit der Grundsätze von der Sentenz noch keineswegs klar geworden ist. Zwar sind die Quellen nach allen Richtungen hin durchforscht, vieles Einzelne, häufig mit einem Aufwand von Gelehrsamkeit und Scharfsinn, erläutert und erkannt, endlich auch, ein kunstgerechtes, aber durch seine Künstlichkeit schwieriges System der Judikatslehre aufzustellen, unternommen worden; aber selbst die Wissenschaft fühlt sich dadurch, wie der Widerstreit der Meinungen beweist, keineswegs befriedigt.

Noch weniger die Praxis. Wenn auch die Theorie sich an der positiven und negativen Funktion, oder an den Regeln der prozessualischen Konsumtion genügen lassen wollte, so würden diese Rubriken doch niemals der denkenden praktischen Handhabung ausreichen. Hier sind ganz andere Steine des Anstoßes.

Das zum Glück immer lebendiger werdende Bedürfniß nach Uebereinstimmung mit dem materiellen Recht, oder, was füglich dasselbe ist, mit den Grundsätzen rationeller Logik, fühlt sich durch die Rechtskraftslehre trotz der willfährigsten Erstreckung, namentlich der positiven Funktion, deren man sich rühmt, nur zu oft beleidigt.

Bald ist die Wirkung der Sentenz zu enge, bald zu weit. Daß der Gläubiger, welcher dem einen Erben gegenüber obsiegte, weil er diesem gegenüber darthat, daß er dem Erblasser dargeliehen, an der richterlichen Anerkennung dieser Schuld gar nichts haben, daß er also, gegen einen andern Miterben klagend, nicht nur von vorn beweisen, sondern sogar leicht möglich ein Urtheil gewärtigen soll, welches ausspricht, daß er nicht dargeliehen, will denn doch Vielen nicht mehr recht zu Sinn gehen. Ebensowenig aber will es sich umgekehrt reimen lassen, daß das Erkenntniß über das Erbrecht, gelegentlich einer unbedeutenden Erbschaftsschuldklage ertheilt, ein für allemal gültig sein, oder daß ein Statusurtheil Jedem gegenüber wirken soll. Das Mißverhältniß solcher Sentenzen, welche über strafbare Handlungen, oder andere Dinge des öffentlichen Interesses sprechen, ist ganz offenbar.

Wenn nun der seitherige Stand der Lehre der praktischen Ausübung, und das ist denn doch immer die Hauptsache, nicht genügt, so kann solches nicht Wunder nehmen. Selbst vorausgesetzt, daß derselbe, wenn auch mühselig, doch immerhin sich theoretisch abrundet, so wird dies auf einem Wege erreicht, der den meisten Praktikern nicht gestattet, ihm zu folgen. Jedermann weiß, daß die Lehre von der Rechtskraft nur durch die gelehrteste Untersuchung, durch die spitzesten historischen Forschungen nach der Gestalt der Formel u. s. w. entwickelt werden kann. So viel auch in dieser Richtung geleistet worden ist, so nothwendig es sogar erscheint, daß alle einzelnen Punkte durchgearbeitet wurden, bevor irgend ein Versuch systematischer Zusammenstellung gemacht werden kann, so dient doch jede seitherige Darstellung der res judicata in der That nur dazu, die

Praxis zu der Vorstellung hinzudrängen, daß diese Lehre eigentlich, wo nicht eine unbrauchbare, doch eine sehr sonderbare Erfindung des römischen Rechts sei.

Eine solche Vorstellung ist die nothwendige Folge davon, daß in der Menge der fast erdrückenden Einzelnheiten der leitende Gedanke, welcher zu einem einfachen, einem Jeden auch ohne Prüfung der schwierigen Argumente der gelehrten Wissenschaft verständlichen Prinzip führt, mangelt.

Gerade praktische Wahrnehmungen haben die nachfolgende Ausführung veranlaßt, oder doch bei Gelegenheit umfassenderer Beschäftigung mit einer höchst praktischen Materie, nämlich mit dem Beweisrecht, darauf hingeleitet. Ich habe mich bemüht, den eigentlichen inneren Kern der Lehre von der Sentenz zu erklären; ich meine, den richtigen Weg gewählt zu haben.

Es kommt darauf an, das wahre „Prinzip der Rechtskraft", welches mit innerer Nothwendigkeit gerade diejenige Lehre geschaffen hat, wie sie das positive (römische) Recht uns darbietet, nachzuweisen. Bei diesem Versuch sollen die einzelnen Folgesätze der Quellen insofern berücksichtigt werden, als ihre Uebereinstimmung mit dem leitenden Gedanken dargethan werden muß. An der Menge der Einzelheiten muß das Prinzip, wenn es richtig ist, seine beste Bestätigung finden.

Dagegen würde es ein weit über die gesteckten Grenzen hinausreichendes Unternehmen sein, bei jedem einzelnen Punkt allen bisher von der Doktrin benutzten Gründen kritisch zu folgen. Ich glaube, dies bemerken zu müssen, um von vorn herein den Standpunkt dieser Arbeit zu bezeichnen und dem Vorwurf, der ihr sonst gemacht werden könnte, zu begegnen.

Der Plan derselben ist einfach. Die Rechtskraftslehre hat ihren Sitz in der Periode des römischen Rechts, welche als die der klassischen Juristen bezeichnet wird. Sie hängt, wie sich bald ergeben wird, auf das Innigste mit der Gestaltung des Prozesses zusammen. Es wird daher die ganze Lehre am Besten umfassend so darzustellen sein, wie sie sich zur Zeit des sog. ordo judiciorum entwickelte. Dabei können die Wandlungen

in den einzelnen Folgesätzen der Lehre für die späteren Ansichten meistens passend angedeutet werden. Mit der Darstellung der römischen Theorie, welche füglich jede mißverständige Beschuldigung durch die Einfachheit und logische Nothwendigkeit ihrer Regeln widerlegt, ist der Haupttheil dieses Versuchs erschöpft. In kurzen Zügen wird indessen, daran anschließend, anzugeben sein, wie die leitenden Grundsätze des römischen Rechts in der Folge umgestaltet worden sind.

I. Die Zeit des ordo judiciorum.

§. 1.

A. Allgemeiner Karakter des Prozesses.

Die Sentenz ist der Schluß des gerichtlichen Streitverfahrens.[1] In dem Wesen des letztern, welches den Zweck hat, dieselbe vorzubereiten und zu erwirken, findet die Sentenz ihre natürliche Grundlage. Die Darstellung der Judikatslehre muß daher nothwendig die Einrichtung des römischen Prozesses zu Hülfe nehmen.

Dieser Nothwendigkeit sind die neueren Bearbeiter stets gefolgt. Nur daß sich ihre Aufmerksamkeit vorzugsweise auf die den Prozeßabschnitt in jure beherrschenden Prinzipien lenkte. Der Quasikontraktsnatur der Sentenz, anschließend an den Karakter der confessio, des jusjurandum in jure und der litiscontestatio[2] ist man sich vollkommen bewußt geworden. Allein einer Sorgfalt, wie sie den Prozeßinstituten des jus zugewendet worden ist, gegenüber darf sich die Erkenntniß des judicium besonderer Vernachlässigung beklagen. An dem vor ungelehrten Richtern stattfindenden, nach den Schulbegriffen ziemlich unjuristischen Verfahren in judicio findet die Wissenschaft, wie es scheint, einen ihrer minder würdigen Gegenstand. Darunter

1) L. 1. de re jud. 42, 1.
2) Seit Keller's Darstellung der Litiskontestation und des Urtheils.

muß auch die Lehre von der Sentenz, welche ebensosehr, ja noch mehr auf dem Boden des judicium, wie auf dem des jus steht, leiden.

Wir werden daher den Prozeß der klassischen Zeit etwas näher zu betrachten haben.

Der ordo judiciorum, das regelmäßige Verfahren des Civilprozesses, setzte sich bekanntlich aus zwei äußerlich getrennten, durch die Ertheilung der Formel vermittelten Abschnitten zusammen. Die Ursachen dieser Erscheinung sind vielfach besprochen worden. Nichts liegt näher, als, einer bis vor Kurzem der modernen Richtung so auffallenden Thatsache Gründe der Politik oder der geschäftlichen Zweckmäßigkeit zu unterstellen.[3]

Indessen genügen, so wenig deren mitwirkender Einfluß zu verkennen sein wird, solche nicht, um die innere Nothwendigkeit des ordo judiciorum zu erklären. Schwerlich ist das getrennte judicium allein um der judices willen, um „Richter aus dem Volke" zu haben, geschaffen worden. Das Institut der judices war seinerseits vermuthlich weniger Folge politischer Rücksichten, des Strebens nach voller Unabhängigkeit des Richteramtes, oder gar der Tendenz, die Justiz von der Verwaltung, welche der Magistrat des jus neben seinen Justizfunktionen trug, zu trennen, als vielmehr ein Gegenstand oder eine Handhabe der verschiedenen politischen Strömungen.[4] Die Erleichterung des Prätors, welcher sonst von der Masse der Geschäfte erdrückt sein würde, kann selbstredend nur ein untergeordnetes Moment abgegeben haben. Sicher hätte sich dafür in anderer Weise Abhülfe gewähren lassen. Vollends aber kann man diese Motive nicht als die ursprünglichen Quellen des ordo judiciorum ansehen, wenn man wahrnimmt, daß sich jene Gliederung des Prozesses unter den verschiedensten Zeitläuften und Geschäftsverhältnissen erhielt, ja

---

3) Puchta, Kurs. der Inst. Bd. 1. S. 257. B. 2. §. 150. Cic. in Verr. II. c. 12. — Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter. Bd. 1. S. 101. — Rudorff, röm. Rechtsgesch. B. 2. §. 1.

4) Puchta, Bd. 2. S. 41.

daß, nachdem der ordo judiciorum selbst äußerlich untergegangen war, der innere Gegensatz, welcher sich darin offenbart hatte, die Form überdauerte.[5]

Derjenige Punkt, in welchem sich der römische Prozeß am Allermeisten von unserem heutigen unterschied, ist die Art der Beweisbeurtheilung. Es gab keine Beweisregeln; Alles, was die Prüfung der Thatfrage anging, fiel der freien Logik und dem Gewissen anheim. Der römische Prozeß verfolgt materielle Wahrheit.

Auf diesem wichtigen, bisher viel zu wenig beachteten, Grundsatz beruht ein großer Theil der prozessualischen Einrichtungen, ja selbst des von der prozessualischen Form überall beeinflußten Civilrechts.

Die Entscheidung der in jedem eigentlichen Streit vor Gericht mitenthaltenen Thatfrage nach menschlicher Einsicht war eigentlich gar keine juristische Aufgabe. Mithin wurde sie nicht dem Magistrat in jure, dem Beamten der Justiz, sondern dem judex pedaneus, dem Richter aus dem Volk, übertragen. Man hebt freilich gern hervor, daß das Judizium bei Weitem nicht blos die Entscheidung der Thatfrage, wie es heut zu Tage in der Regel bei Geschworenen der Fall ist, losgeschält von allen Rechtskonsequenzen, zum Gegenstand hatte;[6] eine Behauptung, welche in gewissem Sinn ebenso richtig ist, wie die, daß die Formel nicht mit dem Beweisinterlokut identifizirt werden kann,[7] obwohl sie die Bedingung des Endurtheils enthält.

Indessen blieb unter allen Umständen die Erledigung der Thatfrage der Hauptinhalt des Judiziums; so wesentlich, daß, wo in facto nichts mehr zu entscheiden war, die Anordnung eines Judiziums gar nicht stattfand, vielmehr der Pro-

---

5) S. unten §. 17.

6) Planck, die Lehre vom Beweisurtheil. 1848. S. 119.

7) Denn erst durch die Darlegung der Parteien in judicio ergibt sich, quid conveniat cum adversario et quid in controversia relinquatur. Auct. ad Herenn. I. c. 9. §. 17. Vgl. Rudorff, §. 76. Art. 9.

zeß vor dem Magistrat des jus, mit oder ohne Erkenntniß, zu Ende ging.[8]

In der Prüfung der Wahrheit war der Judex nur auf eine eigene menschliche Ueberzeugung verwiesen.[9] Damit war es nothwendig verbunden, daß das Beweisverfahren von der Verhandlungsmaxime ganz und gar befreit blieb. Der Richter brauchte zwar nicht das zu entscheiden, worüber die Parteien einig waren;[10] insofern hatte immer noch der Privatwille seine Geltung und das Richteramt kein Interesse, da, wo die Parteien keiner gerichtlichen Entscheidung bedurften, einzugreifen. Soweit aber die Entscheidung des Richters verlangt wurde, bewegte sich die Wahrheitserforschung durchaus frei. Durch Fragen und Aufforderungen an die Streittheile,[11] nöthigenfalls selbst durch eigene Handlungen (ex officio, kraft diskretionärer Gewalt) hatte der Judex mit allen Mitteln der realen Wahrheit entgegenzustreben.[12]

Die wirkliche Wahrheit erscheint als ein Bedürfniß, welches im Interesse Aller befriedigt werden muß. Ihre Erforschung kann daher nicht von den Anträgen oder sonstigen Willensäußerungen der Parteien abhängig sein. Sobald diese in das Judizium getreten sind, erklären sie, daß sie sich in den streitigen Punkten, die sie entschieden haben wollen, vollkommen der richterlichen Leitung und Einsicht unterwerfen, ihren Privatwillen, der sich

8) Puchta, Inst. Bd. 2. §. 173.

9) L. 79. §. 1. de judic. 5, 1. „religio". Er sollte in dieser Beziehung sich nicht einmal bei dem praeses Rath's erholen dürfen, während ihm dies bei zweifelhaften Rechtsfragen gestattet, ja empfohlen wurde. L. 79. §. 1. cit. Cf. tit. Cod. de relat. 7, 61.

10) S. Note 7. u. L. 25. de dolo 4, 3.

11) L. 9. Cod. de judic. 3, 1. Judices oportet inprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, num quid novi addere desideret, quum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat.

12) Die Schilderung des Verfahrens in judicio, auf das ich im Folgenden (s. §. 2.) noch näher eingehen muß, s. bei Zimmern, röm. Rechtsgesch. Bd. 3. §. 132 ff. Puchta, Bd. 2. §. 174. Im Allgemeinen läßt sich die Beweisverhandlung mit der mündlichen Verhandlung unserer Strafgerichte, welche ohne Beweisregeln urtheilen, vergleichen. In diesem Sinn herrschte also dort „Inquisitionsmaxime". S. auch Rudorff, §. 76.

ungenügend zur Ordnung des Streites erwiesen hat, bei Seite setzen wollen.[13]

Nicht umsonst wird die Aufgabe dieser Wahrheitsfindung gerade dem Richter aus dem Volke zugemuthet. Nicht der von der Staatsgewalt eingesetzte Beamte, welcher das Rechtsgesetz hütet, hat die Wahrheit zu suchen und auf die gefundene Wahrheit das Rechtsgesetz anzuwenden. Die Wahrheit sucht im Namen aller Bürger, im Namen der Gesellschaft, würden wir sagen, deren Vertreter und Mitglied, der Judex. Der Judex fällt zugleich die Sentenz. So machen sich die Bürger die Rechtsübung gleichsam selbst. —

Damit ist gegensätzlich und ergänzend auch die Idee des Verfahrens in jure festgestellt. Die freie Regung des Privatwillens ist die Grundlage des römischen Rechtsgedankens. Seine Herrschaft muß so ausgedehnt sein, daß nur die nothwendigste Beschränkung des Einzelnen im Interesse des Ganzen gerechtfertigt erscheint.

Auch im Prozeß muß der Privatwillen freie Bahn haben. Ja, der „Privatrechtsgedanke" ist so mächtig, daß als Ausgangspunkt der Anschauung nur die Ordnung des Rechts durch den eigenen Willen der Betheiligten genommen werden kann. Die Ordnung des Rechts ohne oder gegen diesen Willen durch die Macht des Gerichts oder der öffentlichen Gewalt soll nur eine subsidiäre sein.[14]

Daraus folgt der Abschnitt in jure. Der Zweck desselben besteht darin, den Parteien in der eigenen Ordnung ihres Streites an die Hand zu gehen, sie zu veranlassen, die Provokation auf die gewaltsame Schlichtung durch die Macht des Gerichts entweder ganz, oder doch soweit als thunlich, zu ersparen. Diesem Zweck dient die confessio in jure — in früherer Zeit

13) Die Parteierklärungen haben daher hier keinen andern Werth, als höchstens den von Thatsachen, aus welchen die logische Folgerung einen Schluß ziehen kann. L. 15. Cod. de lib. caus. 7, 16; nec omissa professsio probationem excludit, nec falsa veritatem minuit.

14) Büff, Zeitschrift für Zivilrecht und Proz. N. F. Bd. 15. S. 262.

noch verbunden mit der interrogatio in jure —,[15] das jusjurandum in jure delatum;[16] Kontrakte, welche, unter den Augen, vielleicht auch auf Zureden des Richters[17] geschlossen, die richterliche Kognition und Entscheidung ganz erübrigen.[18] Das gesammte jus erweist sich nur als eine Summe von Privatwillensakten. Privatwillen ist es, was überhaupt durch die in jus vocatio[19] in die Verhandlung gebracht werden soll; Privatwillensakte, die Bürgschaftsstipulationen, welche sich daran schließen, das dispositive Geständniß, die Eideszuschiebung. Das ganze Resultat der Vorbereitung des eigentlichen Streites, wenn dieser nicht zu vermeiden, die Litiskontestation, ist Nichts als ein kontraktlicher Rechtsakt der Parteien.[20]

Der Richter in jure ist bloß Aufsichts- und Urkundsperson für diese Handlungen. Seine Hauptthätigkeit für den Fall, daß es zum Judizium kommt, die Aufstellung der Formel, ist kein Urtheil in der Sache selbst, nicht einmal ein bedingtes. Der Prätor fixirte damit nur das für den streitig gebliebenen Fall in thesi anwendbare Rechtsgesetz. Prozeßleitung im heutigen Sinn blieb der erwarteten Selbstthätigkeit der Parteien gegenüber fremd. Die Formel stellt gleichsam nur den Parteien den Rechtssatz zur Disposition, nach dem sie unter der Voraussetzung, daß der Judex die Wahrheit der thatsächlichen Prämissen erkannt haben wird, ihren Streit selbst schlichten können. Die öffentliche Gewalt hat genug gethan, wenn sie die Mittel und Wege gibt, wie durch den Prätor aus dem großen Vorrath des

---

15) Auch diese ist quasi-contractus s. L. 11 §. 9 de interr. in jur. 11, 1.

16) Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 295.

17) Cf. L. 6 §. 1. de confess. 42, 2; wornach selbst ein urgere vorkam.

18) L. 56 de re jud. 42, 1. L. 2 de jurej. 12, 2. L. 1 de confess. 42, 2.

19) Die in jus vocatio selbst vollzieht sich durch, freilich nöthigenfalls erzwungene, Privatkontrakte; cautio, vadimonium. S. Puchta, Bd. 2. §. 160.

20) Keller, §. 8 ff. Savigny, Syst. Bd. 6. S. 32 ff. Wetzell, Syst. des Civilproz. §. 41. Rudorff, Bd. 2. §. 71.

Rechts und der Gesetze das für den untergebenen Fall anwendbare jus gefunden[21] und den Betheiligten zum Gebrauch übermittelt wird.

Der römische Prätor hat geradezu Alles, was die Parteien thun, unberührt zu lassen, er hat dem Vorbringen derselben nur die rechtliche Form zu geben, in den thatsächlichen Stoff vor allen Dingen gar nicht einzugreifen.[22]

So beruht der römische Prozeß, wenn man will, auf einer Vereinigung des Verhandlungprinzips in jure und des Inquisitionsprinzips in judicio, beide in ihrer reinsten Gestalt. Dadurch wurde dem Bedürfniß nach freier Bewegung des dispositiven Willens und dem Bedürfniß nach materieller Wahrheit, welche damals noch so selbstverständlich als einzig mögliche Grundlage galt, daß Niemand sich auch nur in die Wahl zwischen dieser und „juridischer" Wahrheit versetzt wußte, Rechnung getragen.[23]

---

§. 2.

B. Das Verfahren in judicio.

Nachdem das gegenseitige Verhältniß der Prozeßabschnitte in jure und judicio kurz erwähnt worden ist, muß der Inhalt und Karakter des letztern genauer bezeichnet werden.

Das Wesentlichste der Judizialverhandlung war, wie oben bereits angedeutet wurde, die Erledigung der streitigen Thatfrage, die Aufnahme und Prüfung des Beweises. Wenn dabei

---

21) Daher in dieser Beziehung die Konsultation nicht ausgeschlossen ist. S. oben Not. 9.

22) Puchta, Bd. 2. §. 161 ff.

23) Ich kann bei diesen allgemeinen Bemerkungen nicht unterlassen, dieselben allen denjenigen, welche in römischen Rechtsbegriffen den Feind echt germanischer Rechts- und Staatsprinzipien zu suchen gewohnt sind, zu empfehlen.

gesagt wurde, daß hier die Stellung des Richters als eine unbeschränkte, von den Parteianträgen unabhängige erkannt werden müsse, so ist damit freilich nicht gemeint, daß der Judex zum Inquirenten der Thatfrage in solchem Sinn geworden sei, wie der Untersuchungsrichter in dem nicht auf das Anklageprinzip gebauten Strafprozeß.

Die römische Auffassung setzte auch hier zunächst volle Selbstthätigkeit der Parteien, welche allenfalls nur der Nachhülfe von Seiten des Judex bedarf, voraus.[1] Jede Partei bringt das ihr dienliche Material herbei; der Richter veranlaßt, wo es ihm nöthig scheint, dessen Vervollständigung.

Die Beweisaufnahme über den Thatbestand, sei es nun der Klage, Exzeption u. s. w., erscheint folgeweise, da hier nicht die Verhandlungsmaxime herrscht, als etwas Einheitliches ohne die jetzt übliche Trennung der Parteirollen. Das onus probandi sprach zwar aus, wer die Hauptthätigkeit zu entwickeln habe; allein es wies dem Gegner nicht die Stelle eines Gegenbeweisführers, weder im vortheilhaften, noch im nachtheiligen Sinn an. Aus den Bemühungen beider Theile, durch Vorführung von Beweismitteln und Deduktion den Richter zu überzeugen, bildete sich eine einzige Beweisverhandlung und eine einzige Prüfung des ganzen, möglichst erschöpfend und zweiseitig erörterten Thatbestandes.[2]

Damit hängt es auf das Innigste zusammen, daß dem Judex zugleich die möglichst, ja man kann fast sagen, unter allen Umständen definitiv wirkende rechtliche Beurtheilung aufgegeben war. Alles strebt nach erschöpfender, ein für alle allemal beendigender rechtlicher Ordnung durch die Sentenz; ein Streben,

---

1) L. 9. Cod. de judic. 3, 1. Judices oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere, et tunc utramque partem saepius interrogare, num quid novi addere desideret, quum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per judicem, sive ad majorem potestatem referenda sit. S. auch §. 11.

2) Vgl. Zimmern, röm. Rechtsgesch. Bd. 3. §. 132 ff. Puchta, Inst. Bd. 2. §. 174. Rudorff, Bd. 2. §. 76.

welches nur da erfolgreich, oder nur möglich gedacht werden kann, wo die Grundlage erschöpfender Erforschung der materiellen Wahrheit dargeboten ist.

Es wird unten hinlängliche Gelegenheit sein, diese Richtung im Näheren nachzuweisen. Gleichwohl kann es nicht umgangen werden, schon hier den Karakter des Judizium beispielsweise an einigen Punkten zu erläutern.

Der definitive Karakter des Judiziums läßt sich zunächst dahin zusammenfassen: es gab keine Sentenz, welche nur „wie angebracht" aus formellen Gründen[3] erkannt hätte.

Das heißt nichts Anderes, als, daß der Richter, jedesmal in die Sache eingehend, den wahren Thatbestand definitiv feststellen und endgültig entscheiden sollte. Nur wo das erstere geschieht, ist das letztere möglich, wie umgekehrt die Abweisung „wie angebracht" bekanntlich Nichts ist, als die durch formelle Gründe ersparte Mühe der eigentlichen Sachprüfung.

Der Idee nach befreite kein Grund den römischen Judex von der definitiven Beurtheilung der Thatfrage. Eine Abweisung der Klage oder der Exzeption, welche in judicium deduzirt war, ohne Verhandlung war nicht möglich. Die Verhandlung mußte stattgefunden haben, ehe eine Sentenz erfolgen konnte. Darin lag der mächtigste Antrieb für den Judex, selbst wenn er es gekonnt hätte, nicht mehr aus formellen Gründen zurückzuweisen.

Gleichwohl gab es formelle Gründe, welche nothwendig zu einer Zurückweisung führten. Dahin gehört das causa oder formula cadere,[4] die Folge einer plus petitio im weiteren Sinn.[5] Wenn Jemand zu unrechter Zeit, am unrechten Ort

---

3) Puchta, S. 206. Savigny, S. 311. Ueber das non liquet Gell. noct. Att. XIV. 2. Rudorff, §. 77 Not. 6.

4) Keller, §. 56 und dessen Citate, bes. Cic. de orat. I, 36. 37.

5) Plus petere re, loco, tempore, causa. S. Puchta, Bd. 2. S. 146. Cic. de invent. II. 19. Rudorff, §. 82.

klagte, den Gegenstand [6] irrig angab, endlich sich auf einen irrigen Rechtsgrund stützte, mithin eine falsche Formel erwirkt hatte, aus deren Rahmen er durch Aufklärung des wahren Sachverhalts in judicio heraustrat, [7] so konnte nach unseren Begriffen kein Grund sein, die Klage definitiv zurückzuweisen.

Dennoch gilt die auf einen dieser formellen Mängel gestützte Zurückweisung für gerade so definitiv, wie die auf das Ergebniß des Beweises sich stützende Sentenz. [8] Nur die restitutio i. i. konnte gegen die Folgen Hülfe gewähren. [9]

Daß überhaupt die plus petitio in der intentio solche Bedeutung hatte, daß darum die Abweisung erfolgen mußte, mag man immerhin aus dem „Einfluß des Formenwesens" erklären. [10] Aber die Form oder die Formel erklärt noch nicht, warum eine solche Abweisung ein für allemal der Sache ein Ende machte. Den wahren Grund dieser Erscheinung führt Gaius da an, wo er bemerkt, daß wenn nur ein minus in condemnatione ist, die Sentenz über dies minus die Verfolgung des in dem minus nicht begriffenen Restes abschneidet. [11]

---

6) Plus petitio im engeren Sinn, welche bekanntlich nur bei einer formula mit condemnatio certa schaden konnte, da in andern Fällen jedesmal, den Betrag festzustellen, dem Judex überlassen war. Gai. IV. 57. Puchta, Bd. 2. S. 134—135. Keller, S. 501. — Wer auf certa pecunia klagt, setzt immer totam litem in diesem Sinn auf's Spiel. Cic. pro Rosc. com. c. 4.

7) An hac lege liceat agere, lautet hier die Frage. Quinctil. de arte orat. III. c. 6. §. 69 und Declam. 350. Excidisse formula dicitur, cum ostenditur aliud jus, quo agendum sit.

8) Gai. IV. 60. 68. §. 33 Inst. de act. L. 27 de pignoribus 20, 1. Keller, S. 505. Puchta, S. 146. Rudorff, a. a. O. Not. 14. — Davon im weitern Verlauf noch mannigfache Beispiele.

9) Gai. IV. 57. Gell. noct. Att. XVI. 2. L. 71 §. 3 i. f. de cond. et demonstr. 35, 1.

10) Keller, S. 506.

11) Gai. IV. 57. Eine minus petitio kann übrigens, wie auch die plus petitio, dem Objekte nach nur da vorkommen, wo die Klage zu einer certa condemnatio in der Formel führt. Puchta, Bd. 2. S. 146. Gai. IV. 54. Rudorff, a. a. O. Not. 18.

Tota enim res in judicium deducta est. Res bedeutet hier nicht etwa: Gegenstand, sondern das ganze Sachverhältniß, oder den ganzen Thatbestand. Wenn Jemand nicht seinen ganzen Anspruch dem Objekte nach verfolgen will, sondern nur einen Theil, so steht ihm dies frei. Er muß nur diese Beschränkung ausdrücklich kundgeben, sie in die intentio der Formel aufnehmen lassen.[12] Allein die Idee, daß der gerichtliche Streit ein für allemal die Sache beendigen und daher die Partei nicht ihren Anspruch in Theile spalten soll, ist so mächtig, daß immerhin die nicht wohl zu versagende Befugniß des minus petere doch nicht gerade günstig angesehen werden konnte. Die exc. litis dividuae verhinderte wenigstens das de reliquo agere intra ejusdem praeturam.[13] Daß darin ein Antrieb lag, wo möglich den vollen Anspruch auf einmal zu verfolgen, ist klar.

Wenn dagegen der Kläger nicht in der intentio seine Verfolgung beschränkte, so ist unter allen Umständen tota res in judicium deducta. Die bloße Beschränkung des Objekts in der condemnatio formulae genügte so wenig, ihm das Recht auf das reliquum zu erhalten, daß vielmehr jeder weitere Anspruch ausgeschlossen war.[14]

Darin kann nur scheinbar eine formalistische Strenge gefunden werden. Dem Kläger stand es ja zu, in jure auf die richtige Fassung der Formel hinzuwirken; es stand ihm ferner zu, wenn er ernstlich beabsichtigte, nur einen Theil seines Forderungsobjekts zu verfolgen, darnach die intentio einrichten zu lassen. That er dies nicht, machte er das ganze Verhältniß, z. B. den Kaufvertrag, das Depositum, aus dem er 200 Thlr. zu fordern hatte, zum Gegenstand des Streites und duldete dennoch die Beschränkung der Kondemnationsanweisung auf 100 Thaler, so durfte mit Recht geschlossen werden, daß er auf weitere Ansprüche aus demselben Klaggrund verzichtet hatte.

12) S. §. 7 Not. 51.
13) Gai. IV. 56.
14) Gai. IV. 57.

Das Judizium erfaßte also im Zweifel den ganzen Thatbestand des streitigen Verhältnisses.[15] Die objektive Beziehung der Klagbitte, ihre Richtung auf ein minus, erscheint als etwas Nebensächliches.

Diese umfassende Wirkung des Judiziums zeigt sich ferner da, wo bei allgemein formulirter Intention nur die bereits fälligen Leistungen zuerkannt werden können.[16] Das Urtheil über die letzteren läßt den Thatbestand der Obligation verschwinden. Gegen diese Folge schützten den actor besondere Sicherungsmaßregeln, die praescriptiones formulae.

Da in andern Rechtsbeziehungen ein hinsichtlich der Zeit allgemein gehaltener Ausdruck von selbst nur in praesens bezogen wurde,[17] so muß der Grund jener judiziellen Norm natürlich anderswo, als in einer bloßen Interpretationsfrage, gesucht werden. Der Grund war ein so innerlich nothwendiger, daß es zu seiner Umgehung des besonderen Instituts[18] der Präskriptionen bedurfte.

Wir sehen denselben weiter bestätigt durch die Behandlung der exceptiones dilatoriae.

Die Art, wie die Verhandlung und Kognition in judicio vor sich gehen mußte, ergab sich nach natürlicher Logik von selbst. Zunächst mußte über das Fundament der Klage verhandelt und dasselbe festgestellt werden,[19] ehe die Exzeption an die Reihe

---

15) Cf. L. 3. Cod. i. f. de fruct. 7, 51. Post absolutum enim dimissumque judicium nefas est litem alteram consurgere ex litis primae materia.

16) Gai. IV. 131. Plus petitio tempore; pecuniae, cujus dies nondum venit.

17) Cf. L. 76 §. 1. de V. O. 45, 1 — qui ita stipulatur, quidquid te dare oportet, demonstrat eam pecuniam, quae jam debetur; quod si totam demonstrare vult, dicit: oportebitve, vel ita: praesens in diemve.

18) Petitionis causa comparatum. Cic. de orat. I., 36, 37. Keller, §. 58. Puchta, Bd. 2. §. 171. Windscheid, die actio, S. 75. Bekker, proz. Cons. S. 72.

19) L. 21. de prob. 22, 3. L. 2. 8. Cod. de prob. 4, 19. Puchta, S. 202.

kam;[20] es sei denn, daß der Verklagte jenes eingeräumt hätte, mithin nur über das Exceptionalverhältniß Streit wäre.[21] Nach Darlegung der Exception geht es an die Replik u. s. w.[22]

Demnach enthielt das Eingehen auf eine Exception jedesmal die stillschweigende Anerkennung, daß der Thatbestand des Klaganspruchs in Wahrheit vorhanden sei. Den exc. peremtoriae gegenüber hatte dies, für den Kläger wenigstens,[23] keinen besondern Werth. Denn, wenn auch zunächst sein Klaganspruch begründet gewesen war, so zerstörte ihn doch die peremtorische Einrede. In beiden Fällen war ihm sein Recht definitiv aberkannt.

Aus der Zurückweisung auf Grund einer exceptio dilatoria[24] hätte eigentlich folgen müssen, daß der Kläger nicht nur seine Klage wiederholen dürfe, sondern auch, daß dieselbe schon durch die erste Sentenz, welche sie für begründet erklärte, indem sie auf die exc. einging, fundirt sei.[25] Denn erst mußte der Klaggrund an sich erwiesen sein, ehe die exc. in Betracht kam.

Gleichwohl trat auch hier der umgekehrte Erfolg ein. Die Zurückweisung auf Grund einer dilatorischen Einrede[26] zerstörte

---

20) L. 19. Cod. eod. L. 9. Cod. de long. temp. praescr. 7, 33. L. 1. Cod. de eo, qui pro tut. 5, 45.

21) L. 9 Cod de exc. 8, 36

22) L. 5. Cod de pign. 8, 14 (vgl. Keller, S. 296) sagt nicht das Gegentheil. Sie spricht nicht einmal von der Reihenfolge der Verhandlungen. S. unten §. 5. Not. 42 und Rudorff, §. 76.

23) Für den Verklagten ist es keineswegs einerlei, ob der Kläger wegen Mangels des Klaggrundes oder wegen Begründetheit der Exception abgewiesen wird.

24) Ueber den Begriff und die Arten s. Gai. IV, 121. Cujac. ad tit. Cod. 7, 30. Puchta, §. 170. Rudorff, §. 31. Not. 36 ff. Damit sind die praescriptiones (dilatoriae, z. B. fori incompet.), welche die deductio in judicium verhindern (Puchta, §. 171), nicht zu verwechseln.

25) Im spätern Verhandlungsprozeß stellt sich das Verhältniß natürlich zwischen den Exceptionen und dem Klaggrund ganz anders. S. Bartol. in L. 60. de cond. ind. n. 30 ff. Cyn. in L. 19. Cod. de prob. 4, 19. — Pfeiffer, in Linde's Zeitschrift, Bd. 11. 12. der neuen Folge.

26) welche thatsächlich Nichts ist, als die ausdrückliche Rüge der plus petitio im weiteren Sinn. S. oben Not. 5 ff. Cic. de inv. II,

dem Kläger ganz und gar sein Klagrecht, oder vielmehr dessen thatsächliches Fundament. Dem Kläger, welchem eine solche exc. drohte, blieb Nichts übrig, als die actio zu verschieben.[27] Die begründete dilatoria wurde in ihrem Effekt zur peremtoria, weil das Judizium ein für allemal den ihm unterbreiteten Thatbestand absorbirte.

Und zwar den ganzen Thatbestand.[28] Das zeigt sich auch noch in anderer Richtung. Der Effekt erstreckt sich auf Alles, was zur Begründung des beanspruchten Rechts gehört, namentlich auf Das, was wir Legitimation zur Sache oder sonstige Inzidentpunkte nennen.[29]

Dieser Tendenz vollkommen entsprechend forderte Papinian,[30] daß der Judex sogar den Kläger kondemniren sollte, wenn er dazu die thatsächlichen Bedingungen vorfand. Eine Ansicht, welche die neuere Lehre nur durch die Unterstellung einer stillschweigenden Widerklage der Verhandlungsmaxime gegenüber zu rechtfertigen weiß, die sich aber begreift, wenn man den Karakter des römischen Judiziums festhält. Dort sollte der ganze volle Thatbestand untersucht werden. Das war die Hauptsache. Der gefundenen materiellen Wahrheit gegenüber dem Richter die Hände zu binden, ihm zu verwehren, die volle Konsequenz zu ziehen und die Wahrheit als Recht zu bestätigen, während es erste Grundregel war, daß er den vollen Thatbestand ermitteln sollte, konnte dem Juristen wohl als ein Widerspruch erscheinen.[31]

---

19. nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones, et ita jus civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egit. Rudorff, §. 77 Not. 43.

27) Gai. IV, 123; oder es muß i. i. rest. gesucht werden. L. 2. de exc. rei. jud. 44, 2. — Wie sonderbar diese Stelle später erklärt wurde, s. bei Zasius in l. c. — Vgl. §. 11. Not. 11 unten.

28) Aehnliche Erscheinungen werden sich unten noch mehrfach zeigen; bes. an den act. adjecticiae qualitatis. S. §. 9. Not. 43 ff.

29) S. §. 8. a. E.

30) wie L. 14. Cod. de sent. 7, 45 bezeugt. Savigny, §. 290.

31) Vgl. Savigny, §. 290. — Indessen scheint die Ansicht Papinians

Aus dem Streben nach objektiver Vollständigkeit, welches Alles an sich heranzog, quod in judicio versatur,[32] erklärt es sich, daß Exzeptionen, ohne in die Formel aufgenommen zu sein, doch in judicio berücksichtigt werden.[33] Bei den Besitzfehlern z. B. bedurfte es nicht der in der neueren Lehre so oft behandelten Streitfrage, ob sie Exzeptionen oder Gegenbeweismomente seien. Sie gehörten zum Thatbestand der in judicium deduzirten Sache[34] und fanden dort ihre volle Verwerthung.

Das Streben nach endgültiger Erledigung des Streits[35] brachte es ferner mit sich, daß der Judex auch in der rechtlichen Beurtheilung den möglichst freien Spielraum hatte. Innerhalb der, in der Regel möglichst weit gefaßten, Formel hatte die Deduktion der Parteien und die Beurtheilung des Richters bezüglich der rechtlichen Benennung freie Hand. Die dingliche Klage konnte in allgemeinster Form mit Vorbehalt der Angabe des oder der Erwerbsgründe in judicium gebracht werden.[36] Die persönliche Klage konnte die Partei unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu halten suchen, darin noch vor dem judex variiren. Der juristische Namen erweist sich gleichgültig; was

---

nicht durchgegriffen zu haben. Nach zahlreichen andern Stellen ließ man es meist bei der Freisprechung des Verklagten bewenden; in den meisten Fällen hat gewiß der Verklagte kein unmittelbares Interesse gehabt, mehr zu verlangen, und keine Lust, mehr, als dazu erforderlich, zu beweisen. — Welche Schwierigkeiten die L. 14. Cod. der Verhandlungsmaxime macht, darüber s. nur z. B. Bald. und Cyn. in h. l.

32) L. 25. §. 8. de aedil. ed. 21, 1. — Tota causa (ad hominem restituendum) in judicio versatur, et tam fructus, quam id, quo deterior factus est, caeteraque veniunt. Judici enim, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in judicio versantur.

33) Die bona fides gehört zum Thatbestand der bon. fid. actio; mithin doli exc. bon. fid. judicio inest. L. 21. sol. matr. 24, 3.

34) L. 1. uti possid. 43, 17. Vgl. die vorige Note.

35) Das judicium soll bestimmen, debitor an sit, necne; L. 29. §. 4. mand. 17, 1; fundus an sit meus, nec ne u. s. w.

36) S. unten §. 8. Not. 11.

eigentlich in judicium deducirt, dort konsumirt und abgeurtheilt wird, ist die res, der Thatbestand.[37]

Nämlich der Thatbestand, welcher zur Zeit des judicium vorhanden ist. Dies schließt natürlich nicht aus, daß sich nachher eine alia res bildet, welche, da sie noch nicht Gegenstand des früheren judicium gewesen sein kann, einer neuen gerichtlichen Verfolgung zu Grunde gelegt werden darf.[38]

Zum Schluß mögen diese Betrachtungen sich noch auf das Kontumazialverfahren[39] beziehen, welches den hier dargestellten Karakter des Judizium vollkommen bestätigt. An und für sich hätte nichts gehindert, die Bestimmung zu treffen, daß der in judicio ausbleibende Theil für besiegt gelten sollte.[40] Aber dies hätte dem Zweck des Judiziums, welches die Wahrheit feststellen sollte, widersprochen. Davon konnte Nichts den Richter dispensiren. Wollte daher der Gegner des nicht erschienenen Theils die Sache nicht liegen lassen, so blieb ihm nur übrig, das sog. eremodicium zu fordern. Die Sache wurde, zwar ohne Mitwirkung des Säumigen, aber doch wirklich verhandelt. Es fand wahre Beweisaufnahme statt, der Richter mußte sich, so viel er konnte, von der realen Wahrheit überzeugen. Hierbei entbehrte er allerdings der Deduktionen und des Beweismaterials, welche der Ausgebliebene hätte liefern können, insofern den Richter der Mangel genügender Kunde verhinderte, seinerseits das Fehlende zu ergänzen. Die absentia konnte auf solche Weise leicht die mittelbare Ursache, aus welcher der Pro-

---

37) welcher der intentio zu Grunde liegt. Vgl. Keller, §. 33. Gai. IV, 131. — L. 5. de exc. rei jud. 44, 2. L. 4. §. 3. de nox. act. 9, 4. L. 1. §. 10. quando de pec. 15, 2. Siehe davon mehr unten in §. 9.

38) L. 11. § 4. de exc. rei jud. Donell. com. lib. s. 5. (p. 1244) und lib. 27 ad L. 33. de re jud Savigny, S. 378.

39) Heffter, Syst. des Civilproz. S. 404. Puchta, Bd. 2. S. 204. Wetzell, S. 466. Nr. 2. Rudorff, §. 96.

40) Der indefensus in jure galt in der That pro damnato. Puchta, Bd. 2. S. 80. 195. 228.

zeß verloren wurde, werden.[41] Da aber der Judex keineswegs an die einseitigen Anträge der andern Partei gebunden,[42] da er vielmehr, nach Kräften auch in diesem Fall materielle Wahrheit zu gewinnen, angewiesen war,[43] so hing die Entscheidung lediglich von der Ueberzeugung des Richters ab. Die Sentenz konnte daher recht wohl auch zu Gunsten des absens, trotz seiner absentia, ausfallen.[44]

Das Judizium bedurfte mithin stets einer auf materielle Wahrheit abzielenden Kognition über den Beweis als Grundlage der Sentenz.

C. Die Sentenz.

§. 3.

1. Die Bedeutung derselben.

Die getrennten Abschnitte des jus und judicium in dem ordo judiciorum bezeichnen den Gegensatz der Rechts- und der Thatfrage, des dispositiven Elements oder Privatwillens gegen die zwingende öffentliche Gewalt der realen Wahrheit.

Mit der Erkenntniß des Wesens beider Abschnitte ist der Ausgangspunkt für die Betrachtung der Sentenz gegeben; derjenigen Sentenz nämlich, welche im ordentlichen Verfahren erfolgt.[1] Eine solche Sentenz enthält allemal die Anerkennung

---

41) L. 31. §. 2. neg. gest. 3, 5. L. 6. §. 3. de conf. 42, 2. Die absentia galt daher civilrechtlich jedenfalls als culpa.

42) L. 14. Cod. de prob. 4, 19.

43) L. 27. §. 1. de lib. caus. 40, 12. L. 73. de jud. 5, 1. Zimmern, Bd. 3. §. 136.

44) L. 73. pr. cit. Die genauere Anweisung des judex enthält L. 27. §. 1. cit. Wetzell, S. 467. Not. 82.

1) Von dem Urtheil, welches nicht in judicio ertheilt wird, s. unten §. 5. Not. 42 ff.

eines Rechtsverhältnisses, sie zieht eine rechtliche Konsequenz, welche auf der Anerkennung gewisser Thatsachen beruht. Sie muß also immer zugleich ein Urtheil über den Beweis sein; selbst da, wo sie contra absentem in judicio ertheilt wird.[2]

Als Anerkennung des Rechts betrachtet, folgt die Sentenz durchaus dem Grundzug des Prozeßstadiums in jure. Sie ist nicht die Anerkennung des Rechts durch die öffentliche Justizgewalt, nicht die von Staatswegen vorgenommene Anwendung des Gesetzes auf den untergebenen Fall, sondern die von den Parteien selbst an der Richtschnur des Gesetzes, welches ihnen der Prätor als das anzuwendende bezeichnet hatte, gefundene Rechtsordnung.[3] Weil die Parteien in jure über die ganze Sache disponiren können, weil es als Ergebniß des Privatwillens erscheint, was in judicium deduzirt wird, erscheint auch das Judikat als Werk des Vertragswillens. Es ist der Zweck und die Vollendung des in der Litiskontestation begriffenen Quasikontrakts, durch den sich die Parteien verpflichtet haben, die Ordnung ihres Streites von der Wahrheitsfeststellung des Judex abhängig zu machen.[5]

Die Sentenz ist eine das früher bestandene Rechtsverhältniß novirende Obligation,[6] welche bedingt schon in der deductio in judicium liegt[7] und durch das Resultat der Wahrheitsprü-

---

2) S. §. 2. Not. 39 ff.

3) S. oben §. 1. Not. 21. Besonders deutlich ist dies in der bekannten L. 8. §. 4. si serv. vind. 8, 5 ausgesprochen. Vgl. Pfeiffer, Archiv, Bd. 37. S. 118 ff. Quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari.

4) Savigny S. 411. Not. d.

5) Ebenso verbinden sie sich durch den Quasikontrakt der juramenti delatio, das Ende des Streites von dem Eidschwur der Partei, oder in dem Kompromiß, von dem Urtheil des Schiedsrichters zu erwarten. Jeder judex war im heutigen Sinn nur Schiedsrichter.

6) Keller, §. 24. Savigny, §. 282 ff. Wetzell, §. 47. Büff, S. 264. In dieser Vertragsnatur liegt auch der Hauptgrund der Unabänderlichkeit. L. 14. de re jud. 42, 1.

7) Nach Inhalt der Formel: si paret etc. Gai. III, 180. L. 3. §. 11. de pec. 15, 1. L. 56. de re jud. 42, 1. Daher die beständige Gleichstellung mit der juram. delatio und auch confessio.

fung des Judex perfekt wird. So wurde der „Privatrechtsgedanke" selbst noch durch den Schlußakt des Prozesses hindurchgeführt.[8]

Diese spezifisch juristische Seite des Judikats hat in der Rechtswissenschaft der Römer die genaueste Durchbildung erfahren. Sie ist es, an welche sich auch die heutige Doktrin vorzugsweise, oder vielmehr allein hält. Natürlich; die ohnedem erst seit nicht langer Zeit klar gestellte Obligationsnatur paßt an sich vortrefflich zu den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime, welche die das Urtheil erzeugende Gewalt am Liebsten in die Handlungen der Parteien legt.

Aber der römischen Sentenz ging nicht bloß ein jus, sondern auch ein judicium voraus, welches die Feststellung der Thatsachen aus dem Gesichtspunkt realer Wahrheit lieferte. Die thatsächliche Basis des Quasikontrakts ist daher die von dem Richter, unabhängig von den Parteihandlungen, gefundene Wahrheit. Insofern ist, was sich seiner rechtlichen Bedeutung nach als Ergebniß der Privatdisposition auffassen läßt, nicht blos Produkt der Parteien, sondern zugleich der Richterthätigkeit. Parteien und Richter sind die vereinigten Faktoren der Sentenz.[9] Der Quasikontrakt gewinnt dadurch ein anderes Ansehen,[10] sowie die Grundlage für den in dem Schutz und der Exekution der Sentenz hervortretenden öffentlichen Karakter.[11]

Die Sentenz erwächst aus zwei Elementen: aus den dispositiven Handlungen der Streitenden (in jure) und aus der

---

8) Büff, S. 265. Mit Recht wird dort bemerkt, daß es eben so gut heißen kann: judicatus pro confesso est, wie umgekehrt: confessus pro judicato est.

9) L. 20. 21. de exc. rei jud. 44, 2. argumentiren daher aus dem, was die partes sowohl, als auch der judex putaverunt et senserunt.

10) Man kann sagen: judex jus facit ejus rei — cf. L. 3. pr. de agnosc. lib. 25, 3. L. 1. §. 16. ib. —; der Richter zieht, auf den festgestellten Thatsachen fußend, die rechtliche Konsequenz, letztere gleichsam im Namen der Parteien, als eine im Voraus gewollte.

11) L. 65, §. 2. ad S. C. Trebell. 36, 1, wonach publice interest rerum judicatarum auctoritas.

Wahrheitserforschung des Richters (in judicio).[12] Das Wahrheitsergebniß aber war, wie wir sehen, niemals ein blos formales; die Feststellung des Judex anders, als vom Standpunkt materieller Wahrheit zu betrachten, kam keinem Römer in den Sinn. Der gänzliche Mangel des Begriffs „juristischer" Wahrheit muß vor allen Dingen an die Spitze gestellt werden, jenen Ansichten gegenüber, welche die Rechtskraftslehre des römischen Rechts regelmäßig mit dem auf „formale" Wahrheit gedeuteten Satz: res judicata pro veritate accipitur beginnen.[13]

Ehe die Sentenz ein Judikat ist, d. h. als Quasikontrakt oder sonst als Rechtsquelle auftreten kann, ist sie eine Thatsache. Die Thatsache, daß die Sentenz, der gerichtliche Ausspruch, existent geworden ist, kann in mehrfacher Hinsicht die natürliche Folgerung anregen.

Man kann daraus, daß so oder so judizirt worden ist, schließen, daß dies oder das, weil darnach Recht gesprochen wurde, Rechtens ist. Die Sentenz wird daher zum Zeugniß des bestehenden Rechts oder der Rechtsansicht. Diese Eigenschaft, welcher wir in den modernen „Präjudizien der höchsten Gerichtshöfe" wieder begegnen, ist auch im römischen Rechtsleben anerkannt.[14] Die res judicatae werden als allgemeine Rechtsquelle neben den leges, senatus consulta u. s. w. aufgeführt.[15]

---

12) Vgl. Puchta, Bd. 2. S. 204. Büff, S. 206 und Wetzell, S. 426 stehen der hier beschriebenen Auffassung sehr nahe.

13) L. 207. de R. J. Pfeiffer, S. 94. 116. Ueber den Zusammenhang mit L. 25. de statu hom. 1, 5. Savigny, S. 294. Not. d. — Nur dadurch, daß man diese Regel als eine auf die Statusfrage beschränkte unterstellt, kann sich die herrschende Lehre damit abfinden. Allein der Satz ist, wie sich unten zeigen wird, römischrechtlich in vollster Allgemeinheit richtig. Die res judicata ist pro veritate; sie ist Wahrheitssurrogat, gerade wie die confessio und das jusjurandum in jure. Surrogat, Ersparniß der Wahrheitsprüfung ist aber ganz etwas Anderes als „formale Wahrheit". S. §. 14. Not. 36. und über die Auslegnng dieses Satzes bei den Kanonisten §. 18.

14) Cic. top. c. 5. Quinct. inst. orat. V. c. 1. 2.

15) Büff, S. 260. Puchta, Inst. Bd. 1. S. 285.

Als Quasikontrakt hingegen wird die res judicata zur speziellen Privatrechtsquelle der Betheiligten.

Daneben aber ist die Sentenz die Thatsache, daß der Richter gewisse Umstände für wahr erkannt hat, also, wenn man will, ein Zeugniß, und zwar ein Zeugniß von besonderem Werth. Während die in solchen Dingen den Römern allein maßgebende menschliche Einsicht sagt, daß die sola testatio eines beliebigen Dritten leicht wenig überzeugende Kraft besitzen wird,[16] mußte sie andrerseits sagen, daß die Anerkennung der Wahrheit durch den Richter, also durch eine, vermöge des Amtes und der religio, auf gewissenhafte Prüfung hingewiesene Person, weit schwerer wiegt.

Die Sentenz war also für die freie logische Ueberzeugung des zweiten Richters vor allen Dingen Beweismittel, oder, richtiger gesagt, da der Name des Beweismittels nur die Form trifft,[17] Beweisgrund, Beweisargument. Unter der Herrschaft der natürlichen Logik ergibt sich diese Stellung von selbst. Keine juristische Beweisregel hinderte die Parteien, in ihren Plaidoyers den Richter durch den Nachweis einer anerkennenden oder verneinenden Sentenz von der Wahrheit oder Unwahrheit gewisser Fakta zu überzeugen, keine den Richter, sich durch die Sentenz überzeugen zu lassen. Ob die Sentenz als Zeugniß für die Wahrheit benutzbar sei, erschien ebenso als eine Frage der logischen Folgerung, wie ob sie ein Zeugniß des bestehenden Rechts liefere.

Die Funktion der Sentenz als praejudicium in diesen beiden Richtungen wird von den Schriftstellern ausdrücklich hervorgehoben; begreiflicherweise von den Schriftstellern der Rhetorik. Denn das ganze Kapitel der Beweisführung fiel bei dem

16) L. 4. Cod. de test. 4, 20.

17) Für die logische Beweistheorie gibt es nur zwei Beweismittel: Menschen (testes) und Sachen (instrumenta), beide im weitesten Sinne genommen. Das heißt: Alles, was existirt, kann für den Beweis benutzt werden. L. 1. de fid. inst. 22, 4.

Mangel juristischer Regulirung den Rhetoren und Philosophen anheim.

Daß dem so sei, kann demjenigen nicht zweifelhaft sein, welcher die Art der Beweisargumentation aus Zeugen, Urkunden, aus Thatsachen, Aussprüchen u. s. w., wie sie in verschiedenen Schriften dargestellt wird, im Ganzen betrachtet.[18] Indessen fehlt es auch nicht an Bemerkungen, welche insbesondre die sententia judicis zum Gegenstand haben. Ich will einige Hauptstellen anführen.

So bespricht Cicero diesen Punkt in seinem Werk de inventione rhetor. lib. II. c. 19 ff. ziemlich ausführlich. Der auctor ad Herennium lib. II. c. 10. i. f. sagt: deinde de judiciali absoluta (causa) sumemus rationem juris et quaeremus partem juris, utrum cum ea faciat: und c. 12. i. f.: in causa rationali primum quaeretur, ecquid in rebus majoribus, aut minoribus, aut similibus, similiter scriptum aut judicatum sit; deinde utrum ea res similis sit ei rei, qua de agitur, an dissimilis: deinde utrum consulto de ea re scriptum non sit etc. Am Wichtigsten ist Quinctil. inst. orat. lib. V. c. 2. Jam praejudiciorum vis omnis tribus in generibus versatur: rebus, quae aliquando ex paribus causis sunt judicatae, quae e x e m p l a rectius dicuntur; j u d i c i i s a d i p s a m c a u s a m pertinentibus; aut cum d e e a d e m c a u s a pronuntiatum est. Confirmantur praecipue duobus: auctoritate eorum, qui judicaverunt, et similitudine rerum, de quibus quaeritur. Refelluntur autem raro per contumeliam judicum, nisi forte manifesta in his culpa erit. Vult enim cognoscentium quisque firmam esse alterius sententiam: et ipse pronuntiaturus exemplum non libenter, quod in se fortasse recidat, facit. Confugiendum ergo est, si res feret, ad aliquam dissimilitudinem causae. Vix autem ulla est per omnia alteri similis. Si id non contin-

---

18) Dahin gehört Cicer. topica, de invent. rhet., zum Theil de oratore; der auctor ad Herennium und bes. Quinctil. inst. orat. lib. V.

gat ac eadem causa erit, aut actorum incusanda est negligentia, aut de infirmitate personarum, contra quas erit judicatum, querendum; aut de gratia, quae testes corruperit, aut de invidia, aut de ignorantia; aut inveniendum, quod causae postea accesserit. Quorum si erit nihil, licet tamen dicere, multas judiciorum causas ad inique pronuntiandum valere: ideoque damnatum Rutilium, absolutos Clodium et Catilinam. Rogandi quoque judices, ut rem potius intueantur ipsam, quam jurijurando alieno suum donent.

Von den späteren Rechtslehrern sind diese Stellen zwar nicht ganz übersehen, indessen doch nur sehr beiläufig erwähnt worden.[19] Schlagend entwickelte die Zeugnißnatur der Sentenz Donell, der nur darüber im Zweifel war, ob sie den probationibus artificialibus oder inartificialibus beizuzählen sei.[20] Bei seinen Nachfolgern aber gerieth diese Darstellung der Beweiswirkung in volle Vergessenheit, wie auch andere, erst neuerdings wieder zu Ehren gekommene, echt römische Ansichten Donell's dem Gedächtniß der Wissenschaft entschwanden.

---

19) Vgl. z. B. Duaren. disp. anniv. II. c. 2. Menoch. de praes. I. qu. 1. §. 14, der jedoch unter „praejudicia" wesentlich Rechtszeugnisse versteht.

20) Donell. com. lib. 25. de prob. c. 6. Quod ad praejudicia attinet, ille (i. e. Cic. in top. 5.) res ante judicatas intelligit, in quibus eorum, qui ita judicaverunt, sententiis utimur. Quae si ideo fidem faciunt, quia illi judices id aequum in ea causa esse dixerunt, illorum testimoniis sine dubio utimur. Sed hoc non magis novum genus testimonii inducit, quam si quis philosophi dictum, si quid populis etc. visum est, citet, cujus auctoritate ad id probandum, quod vult, utatur. Ac videamus, ne, qui id faciat, non tam testibus illis utatur, qui ita aequum esse censuerunt, quam judicibus. Inter quae plurimum interest. Quisquis enim, qui quid aequum esse statuit, judicat, et, quid sibi videatur, dicit. Daraus schließt dann Donell, daß, wie auch Quinctilian und Cicero erklärt hätten, die praejudicia nur künstlichen Beweis machen. Nach L. 13 Cod. de sent. glaubt sie Donell, der immerhin auf dem Boden der Legaltheorie steht, nicht als probationes legitimas betrachten zu können. Unter den Beweisen führt die früheren Erkenntnisse wieder auf Rudorff, §. 76. Not. 14.

In welchem Verhältniß die Beweiswirkung des Urtheils zu dem obligatorischen Effekt desselben steht, wird sich später zeigen. Hier ist zunächst nur zu konstatiren, daß die Sentenz in dem römischen Gericht als Beweisargument, oder als Wahrheitszeugniß anerkannt war. —

Der Ort, wo sich die Sentenz in ihrem bezeugenden Charakter geltend machte, war in der Regel das judicium.[21] Die Frage ihres Zeugnißwerthes war also logische Aufgabe des frei urtheilenden Judex. Es ließen sich folglich keine andern Regeln geben. als Verweisung auf die logische Interpretation und Vergleichung mit dem zu bewahrheitenden Thema.

Sollte dagegen die res judicata als Rechtsgrund wider einen erneuerten Anspruch auftreten, so mußte jedenfalls, mochte sie ipso jure oder ope exceptionis wirken,[22] ihre rechtliche Anwendbarkeit im Allgemeinen schon in jure geprüft werden. Ja, wenn unter den Parteien über die Existenz und den Thatbestand der Sentenz kein Streit war, so mußte die ganze Sache schon durch die Beurtheilung in jure ihre Erledigung finden. Hieraus erhellt, daß die Voraussetzungen und die abstrakte Anwendbarkeit der Sentenz als Judikat unter allen Umständen eine dem Magistrat in jure unterbreitete Rechtsfrage bilden. Nicht minder ist dies der Fall, wo die Sentenz eine positive actio judicati begründen soll.[23]

War dagegen nicht schon in jure über den Thatbestand der res judicata durch Einverständniß der Parteien mitentschieden, so mußte, durch die Formel darauf hingewiesen,[24] wieder der Judex beurtheilen, an de eadem re judicatum sit. Der dem Magistrat obgelegenen rechtlichen Prüfung, ob sich die exc. rei jud. zur Aufnahme in die Formel eignet, folgt also die

---

21) Ob auch in dem Verfahren, welches nur vor dem Prätor stattfand, die Sentenz als Beweis auch vor dem Prätor diente, kann dahin gestellt bleiben; ist indessen nicht zu bezweifeln.

22) Keller, §. 25.

23) Vgl. Wetzell, S. 443.

24) L. 9 §. 2. h. t. enthält dieselbe.

logische Prüfung des Judex, ob das Judikat die vorliegende Sache trifft. Die Auslegung der Sentenz und die Beurtheilung, wieweit sie objektiv reichte, war also auch da, wo es sich um die Rechtswirkung handelt, zunächst Sache der Logik des Judex. Die Frage, ob die Parteien sich auf das Judikat berufen können, mithin die Frage des subjectiven Umfangs, gehörte dagegen als spezifische Rechtsfrage dem Prätor an.

Diese Bemerkungen deuten im Voraus an, ob und in wieweit die Grundlagen für die Beurtheilung der Voraussetzungen, des objektiven und subjektiven Umfangs der Rechts- oder Beweiswirkung in juristischen Regeln oder in Sätzen der natürlichen Logik zu suchen sind.

2. Die Voraussetzungen der Sentenz.

§. 4.

a. Als Beweisargument.

Der Ausspruch eines Richters über die Wahrheit von Thatsachen enthält ein Zeugniß.[1] Nach natürlicher Logik ist da, wo die Sentenz als Argument der Wahrheit dienen soll, der erste zu untersuchende Punkt, ob die Sentenz wirklich ein solches Zeugniß enthält; das heißt, ob der Richter wirklich seine Erfahrung und Ueberzeugung darin niedergelegt hat.

Die Beantwortung dieser Frage hängt allein von inneren Gründen ab. Die Beweiswirkung steht mit irgend welchen formellen Voraussetzungen wenigstens nicht in nothwendigem Zusammenhang. Nach logischer Beweislehre ist nicht einmal die blanke

1) Im weitern Sinn. Man wird gegen diesen Namen nicht einwenden wollen, daß das Zeugniß auf sinnlicher Wahrnehmung beruhen müsse und kein Urtheil enthalten dürfe, Merkmale, mit denen die legale Theorie (vergeblich) den Begriff des Zeugnisses zu definiren sucht. Für die freie Beweisführung ist damit keineswegs der Begriff geschlossen; folglich auch nicht für das römische Recht.

testatio eines Dritten, der nicht Richter ist, unbedingt werthlos,[2] wenn sie nur durch genügende innere Gründe getragen wird. Auch die Sentenz, welche in ihren formellen Erfordernissen mangelhaft erscheint, ja gar keine Sentenz mehr ist, kann möglicherweise immer noch als Zeugniß Ansehen behalten. Die Zeugnißfunktion setzt also keineswegs unumgänglich die Legalität der Sentenz als solcher oder des vorausgegangenen Verfahrens voraus.

Alles, was dahin gehört, die Kompetenz des Richters, die Einhaltung der Prozeßregeln, die Form des Urtheils u. s. w. macht sich nur als logisches Moment, welches einen Schluß auf die innere Wahrheit des Inhaltes zuläßt, geltend. Solche Momente werden daher vielleicht unter den einen Umständen höchst wichtig, während sie unter andern gleichgültig bleiben. Anders konnte auch der Judex, dem eine Sentenz als Beweis vorgelegt wurde, nicht urtheilen. Die spezifisch juristische Prüfung der rechtlichen Vorbedingungen und Eigenschaften war nicht seine Sache. Niemand, auch das Recht selbst nicht, durfte von ihm mehr erwarten, als ein verständiges Laienurtheil.[3]

Die Elemente, auf welche sich die Beweisfähigkeit des Urtheils stützt, sind dieselben, wie bei jedem Zeugniß; die Persönlichkeit und der Inhalt, der subjektive Karakter der bezeugenden Person und der objektive der Aussage. Daß die erstere, die auctoritas des die Sentenz ertheilenden Richters, eine große Rolle spielte, beweisen die oben angeführten Stellen.[4] Eine bereits mehrfach benutzte Kaiserkonstitution[5] warnte sogar vor der

---

2) Das sagt auch L. 4. Cod. de test. 4, 20. noch nicht einmal.

3) Wobei allerdings nicht vergessen werden kann, daß bei einem lebendigen und ungekünstelten Rechtszustand Kenntniß der Prinzipien des Rechts in gewissem Maaße mit zu der Bildung eines Jeden, der nicht zu den Ungebildeten zählt, gehört.

4) Auct. ad Her. II. c. 13. §. 19. „judicem cum judice conferre“. Quinctil. V. c. 2. „confirmantur auctoritate eorum, qui pronuntiaverunt“.

5) L. 13. Cod. de sent. 7, 45.

allzu willfährigen Anerkennung der Autorität. Quinctilian bemerkt, daß regelmäßig die Richter geneigt waren, die frühere Sentenz als Grundlage beizubehalten.[6] Es bildete sich eine natürliche Solidarität der Gerichte, welche freilich nur insofern wahrhaft berechtigt war, als mit Fug unterstellt werden durfte, daß jedes Gericht in der Wahrheitserkenntniß seine Schuldigkeit thue.

Um zu beurtheilen, was der Inhalt der Sentenz für den Beweis leistet, muß sodann erwogen werden, wie die Sentenz zu Stande gekommen ist. Nicht die formellen Legalitätsvoraussetzungen, wohl aber die materielle Basis des vorausgegangenen Verfahrens wird hier wichtig. Das stattgehabte Verfahren ist der Wissensgrund des in dem Urtheil enthaltenen Zeugnisses. Mithin war ein stattgehabtes wirkliches Judizium, eine wirkliche, eingehende Untersuchung der Thatfrage die wesentlichste Bedingung der Sentenz. Einer solchen Sentenz kann diejenige, welche ohne oder nach einer unvollständigen Wahrheitsprüfung gefällt wurde, nicht gleichgestellt werden.

Das Urtheil, welches nur auf dispositiver Anordnung der Parteien, auf confessio oder jusjurandum in jure beruht,[7] enthält insoweit gar keine eigene Erfahrung und Anerkennung der Wahrheit von Seiten des Richters. Ob die confessio oder das jusjurandum, wiewohl sie zunächst Vertragsakte sind, für deren rechtlichen Karakter die Wahrheitsprüfung unmittelbar nicht in Betracht kommt, selbst Beweiswerth haben, ist eine andere Frage.

Der Nachweis, daß die Parteien durch Kollusionen die wirkliche Wahrheit verdeckt haben, greift die Beweiswirkung in der Wurzel an.[8]

---

6) Quinctil. l. c. Refelluntur autem raro sententiae per contumeliam judicum, nisi forte manifesta in his culpa erit. Vult enim cognoscentium quisque firmam esse alterius sententiam, et ipse pronuntiaturus nec libenter exemplum, quod in se fortasse recidat, facit.

7) Vorausgesetzt, daß darauf noch eine (deklaratorische) Sentenz erfolgt, was früher nicht der Fall war.

8) Davon Beispiele s. unten in §. 14.

Das Erkenntniß in absentiam wird, selbst wo es nach der Eremodizialverhandlung ertheilt wurde, leicht das Bedenken, ob die Wahrheitserforschung eine vollständige sein konnte, gegen sich haben.[9] Auf dem formellen Präjudiz des Eingeständnisses beruhend, muß es oft ganz werthlos als Zeugniß erscheinen, wenn auch unter Umständen die Thatsache der absentia an sich der logischen Folgerung Anhaltspunkte darbieten mag.

§. 5.

b. Als Judikat.

Die Privatrechte begründende Seite des Urtheils macht dasselbe erst zu einem Rechtsinstitut. Als solches, — gleichviel, ob dasselbe als Quasikontrakt oder wie immer sonst betrachtet werden mag, wenn es eben nur rechtliche Wirkungen produziren soll —, muß seine Fähigkeit hierzu von rechtlichen Erfordernissen abhängig sein. Während die Beweiswirkung sich der freien Logik rein aus der Natur der Sache ergibt, bedarf es hier gewisser Merkmale, an denen sich juristisch oder doch rechtlich beurtheilen läßt, ob die Sentenz im Stande sei, jene Rechtswirkungen zu erzeugen. Nicht jede obenhin „Sentenz" genannte Entscheidung ist ein Judikat. Zum Judikat wird sie erst dann, wenn alle die formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt sind, an welche das Gesetz die rechtserzeugende Kraft bindet; wogegen umgekehrt diejenige Sentenz, welche ganz und gar unbrauchbar als Judikat erscheint, immer noch Dienste als Zeugniß leisten kann.[1]

Alle Bedingungen, welche die Sentenz erfüllen muß, um sich zur res judicata, d. h. zur lex der Betheiligten zu erheben, vollständig zu erörtern, liegt außer dem Plan dieser Darstellung. Nur so viel mag erwähnt werden, als zur Beleuchtung des inneren Wesens der res judicata erforderlich erscheint.

---

9) S. oben §. 2. Not. 41.
1) S. §. 4.

Die formellen Bedingungen[2] der Rechtskraft betreffen sowohl die Parteien als den Richter, da sowohl die ersteren, wie auch der letztere sich als Schöpfer der Sentenz erweisen.[3] Dahin gehört zunächst die Kompetenz des urtheilenden Richters.[4] Die von einem inkompetenten Richter gefällte Sentenz, welche ohne Zweifel vielleicht noch logischen Beweiswerth haben kann, wird nimmermehr zum Judikat,[5] gleichviel, ob die eine Partei durch das Anrufen eines falschen Richters, oder der Richter durch unbefugte Annahme der Sache gefehlt hat.[6] Der judex muß die nöthigen persönlichen Eigenschaften besitzen,[7] legal bestellt sein, die Abstimmung mehrerer muß in der gehörigen Weise erfolgen,[8] und was dahin mehr gehört.

Daneben müssen die Parteien selbst, als die Kontrahenten der Sentenz, mit der erforderlichen Rechtsfähigkeit, welche hier in besonderer Gestalt, als Prozeßfähigkeit, auftritt, versehen sein.[9]

---

2) wie sie Savigny, §. 284 nennt. — Vgl. überh. Rudorff, §. 77.

3) S. §. 3. Not. 9.

4) Vgl. über die röm. Kompetenzregeln im Allgemeinen Puchta, Bd. 2. §. 152. Rudorff, §. 5 ff.

5) L. 1. §. 12 ad S. C. Tertull. 38, 17. L. 1. §. 2 quod quisque 2, 2. L. 2. pr. §. 1. de judic. 5, 1. Tit. Cod. si a non comp. jud. 7, 48. Die Inkompetenz kann auf subjektiven und objektiven Gründen ruhen, sowohl den Prätor, als den Judex treffen. — Cf. auch Donell. libr. 27. ad L. 3. u. 5. de re judic.

6) Rein als Quasikontrakt betrachtet steht die Sentenz zu der Kompetenz des judex in demselben Verhältniß, wie die mittelalterliche Lehre zur Verfertigung eines gültigen Instruments die Kompetenz auch des Notars erheischte. Durant. Spec. II, 2. de instrum. edit. §. 8. Nr 25. Mascard. de probat. concl. 926. — Ueber die Kompetenz des judex s. auch Durant. II, 3. de sent. §. 3.

7) Die Bestechung macht seine Sentenz nichtig. L. 7. Cod. quando provoc. 7, 64. Die Untersuchung anderer persönlicher Gründe, nach Analogie der Zeugenuntauglichkeit, s. bei Bald. in h. l.

8) L. 36—39 de re jud. 42, 1. Donell. ad h. l. Tit. Cod. 7, 45. — Durant. l. c. §. 8. Nr. 5. — Cujac. ad tit. Cod. cit.

9) S. z. B. L. 9. 54. de re jud. — Dies führt denn namentlich auf die Lehre von der prozessualischen Stellvertretung, welche zu verschiedenen Zeiten sehr verschieden behandelt worden ist. Vgl. über das röm. Recht Puchta, Bd. 2. §. 155. u. Rudorff, §. 77. 17. 18; über die spätern Ansichten Durant. I, 3. de procurat. Cyn. in tit. Cod. 2, 12 u. A.

Das Recht verlangt ferner die Vollendung der Sentenz. Sie muß in legaler Form ertheilt werden. Nach römischer Auffassung ist die bestimmte Absolution oder Kondemnation die gesetzliche Form, durch welche eben die Sentenz zum rechtsbegründenden Akt wird.[10] Wenn der Judex ohne förmliche Dezisive nur seine Ueberzeugung von der Wahrheit der thatsächlichen Prämissen aussprechen wollte, würde er nur ein Zeugniß schaffen. Erst indem er auf die in der Formel an ihn gestellte Frage mit der Absolution oder Kondemnation antwortet, macht er ein jus.

Solenne Worte waren dazu nicht gerade erforderlich;[11] indessen begleiteten mancherlei andere Förmlichkeiten die, sofern nicht eine wirkliche contumacia des einen Theils vorlag,[12] in Anwesenheit beider Parteien vorzunehmende Pronuntiation.

Die Sentenz erweist sich sonach in jeder Hinsicht als eine strikte Obligationsform, welche unwillkührlich zur Vergleichung mit der Stipulation auffordert.[13]

Allein nicht genug, daß die Sentenz an und für sich äußerlich legal erscheint, sie muß auch in dem vorausgehenden Verfahren ihre legale Grundlage haben und muß inhaltlich mit den Gesetzen im Einklang stehen. Das römische Recht war nie so formal, daß die Sentenz nur um ihrer äußerlich fehlerfreien Erscheinung willen rechtliche Bedeutung gewonnen hätte, wie dies die spätere Doktrin, wieder im Zusammenhang mit der legalen Beweistheorie, vielfach annehmen mußte.[14]

Das vorausgegangene Verfahren muß daher der Prozeßordnung entsprechen;[15] insonderheit, was uns hier am nächsten

---

10) L. 1. de re jud. L. 3. Cod. de sent. omn. judic. 7, 45. Vgl. über die Form im Näheren Puchta, §. 175. Savigny, S. 318 ff. Wetzell, S. 401. — Durant. l. c. §. 6.

11) L. 59 de re jud. 42, 1. Puchta, §. 175. Not. h ff. Rudorff, §. 77. Not. 9. 10.

12) L. 47. pr. L. 60. de re jud. Tit. Cod. 7, 45.

13) welche Donell. ad l. 48 de re jud. treffend ausführt.

14) S. unten §. 18.

15) S. z. B. L. 1. 4. Cod. de sent. 7, 45.

interessirt, muß ein ordentliches judicium stattgefunden haben.[16] Die Sentenz darf nicht gegen die Grundsätze des materiellen Rechtes verstoßen,[17] sie darf namentlich nicht einem früheren Judikat de eadem re zuwiderlaufen.[18] Endlich darf die Sentenz auch nicht etwas Unnatürliches oder Unmögliches verfügen.[19]

Das Judikat ist aber, selbst wenn es alle Bedingungen seiner Rechtsbeständigkeit in sich trägt, erst dann Quasikontrakt, wenn die Parteien ihren Willen, daß es als solcher gelten soll, kundgegeben haben. Sonst bindet nur die letzte Entscheidung, welche den Willen nöthigenfalls bricht.[20] Wo Rechtsmittel gegen die, nicht ohnehin ungültige, Sentenz gewährt sind, liegt jene Willenserklärung schon im Nichtgebrauch dieser Rechtsmittel,[21] welche das Recht gerade deshalb darbietet, weil der Richter, die Thatfrage entscheidend, zunächst *seinen*, nicht der Parteien Willen ausspricht. Durch Anerkennung der Sentenz[22] machen ihn die Parteien zu dem ihrigen; die Sentenz ist dann auch nach dieser Seite hin Kontrakt der Parteien.[23] Die Möglichkeit einer nochmaligen Prüfung in höherer Instanz rechtfertigt andrerseits im Ganzen erst, daß der durchgreifende Wille der öffentlichen Gewalt an die Stelle des Privatwillens der Streitenden gesetzt wird, wo dieser sich nicht aus eigener Entschließung zu vereinigen vermag.[24]

---

16) Wie in §. 2. geschildert.

17) L. 19. de app. 49, 1. L. 1. §. 2. quae sent. sine appell. 49, 8. L. 32. de re jud. 42, 1. — Donell. ad L. 27. de re jud.

18) L. 1. Cod. quando prov. 7. 64. L. 1. Cod. sent. rescind. 7. 50. — Darin liegt ein Beweis, wie sehr man die definitive Kraft des Judikats — natürlich inter partes — als eine Kardinalregel betrachtete.

19) L. 3. quae sent. sine appell. 49, 8.

20) L. 2. Cod. quando prov. non est nec. 7, 64. L. 1. §. 3. a quib. appell. non licet. 49, 2.

21) Innerhalb der gesetzlichen Frist. Die Frist der Execution hat einen andern Sinn. L. 7. de re jud.

22) Die Frage, ob eine Sentenz anerkannt, oder gültig sei, ist natürlich eine sehr verschiedene. Vgl. Puchta, §. 181. a. E.

23) S. u. §. 15.

24) Ueber die Instanzen und die Geschichte der Rechtsmittel s. Savigny, §. 284. Puchta, §. 180.

Aus diesen Bemerkungen, welche zum Theil aus dem Grunde angeführt wurden, um anzudeuten, welche Umwandlungen die Auffassung der Sentenz in späteren Perioden erlitten hat, ergibt sich, wie die rechtserzeugende Funktion derselben, während die beweisende dadurch keineswegs nothwendig bedingt wird, von der Legalität abhängig ist.

Eben nur von der Legalität des Verfahrens. Der materielle Inhalt desselben bleibt streng genommen Nebensache, wenn man nemlich, wie in der neueren Lehre, das Judikat vorzüglich von der formellen Seite her auffaßt. Setzen wir einstweilen als ausgemacht, daß das Judikat nur inter partes obligirend wirkt, so ist offenbar gleichgültig, was für den Zeugnißkarakter so wesentlich sich erwies, ob die Sentenz durch collusio partium veranlaßt worden ist. Gerade in diesem Fall haben ja die Parteien das Ergebniß erst recht gewollt.[25]

Ebenso gleichgültig bleibt es, daß in contumaciam des einen Theils geurtheilt wurde, wenn nur das Kontumazialverfahren gesetzlich war.[26]

Ist dies richtig, so möchte man sich nicht scheuen, noch einen Schritt weiter zu gehen. Dann muß wohl auch der in jure ertheilte Richterspruch res judicata sein, wenn er nur im legalen Verfahren ertheilt worden ist. Denn das Judizium und die wirkliche Beweisverhandlung in judicio erscheint doch nur darum als eine regelmäßige Voraussetzung der res judicata, weil einmal der ordo judiciorum dies für den Begriff des ordentlichen Legalverfahrens fordert. Mit andern Worten: der Voraufgang des judicium ist für die rechtliche Eigenschaft der Sentenz zunächst nur eine formelle Voraussetzung. Warum sollte daher nicht auch die Sentenz des Magistrats ein Judikat machen? Warum sollte das Gesetz nicht anerkennen, daß auch ein legales Verfahren in jure als Voraussetzung des Judikatseffektes genügt?

---

25) S. oben §. 3. Not 3. Vgl. auch L. 8. §. 1. mand. 17, 1. L. 31. §. 2. neg. gest. 3, 5.

26) Wogegen collusio und contumacia für die Beweiswirkung logisch äußerst wichtig werden. S. §. 4. a. E.

Daß die Quellen unter res judicata, namentlich in den dieselbe ex professo behandelnden Pandektentiteln, in der Regel eine in judicio ergangene Sentenz verstehen, bedarf keines Nachweises. Von Endsentenzen des Prätors im ordentlichen Verfahren ist selten die Rede. Was am häufigsten den Prozeß in jure beendigte, die confessio oder das jusjurandum, veranlaßten nicht, sondern ersparten die Sentenz. Selbst wenn ein (deklaratorischer)[27] Ausspruch des Prätors hierauf erfolgte, lag die rechtsordnende Macht nicht in der Sentenz, sondern in der confessio oder delatio juramenti.

Der Prätor konnte zunächst die actio zurückweisen (denegare), weil sie rechtlich unstatthaft ist,[28] oder weil der Verklagte die Zahlung offerirt.[29] Hier enthält das Urtheil gar kein Eingehen in die res,[30] in das Thatsächliche, es entsteht also auch keine res judicata. Von der Benutzung eines solchen Urtheils für den gleichen thatsächlichen Fall ist nicht die Rede.

Ein Endurtheil des Prätors ohne Anwendung des judicium und doch eingehend in das Faktum kam vor, wenn derselbe, in absentiam partis, tribus edictis propositis verfügte. Die Quellen lassen nicht wohl bezweifeln, daß dieses Erkenntniß der Rechtskraft fähig erachtet worden sei.[31] Gleichwohl war es nur eine Art beschränkter Judikatswirkung, welche ihm beigelegt wurde; denn zum mindesten wurde eine bei dem echten Judikat nicht zulässige Anfechtung gestattet.[32]

Daneben gibt es nur noch einen Fall, in welchem der Prätor das Endurtheil eines ordentlichen Prozesses ausspricht. Nemlich

27) Wetzell, §. 46. Not. 11. Rudorff, §. 66. 67.

28) Puchta, Bd. 2. S 103. zählt die verschiedenen Fälle auf; s. auch Rudorff, §. 70.

29) Dies ist nichts, als eine faktische confessio in jure.

30) Gegen ein solches Urtheil gibt es, wie unten ersichtlich sein wird (s. §. 15.), keine Appellation; es wird daher auch nicht bindend.

31) Arg. L. 53, 54. de re jud., welche Stellen sonst nicht in diesen Titel gehört hätten.

32) L. 75. de judic. 5, 1. Si Praetor — pronuntiaverit: absentem debere, — non utique judex, qui de judicato cognoscit, debet de Praetoris sententia cognoscere. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 2. §. 1. Not. 5.

da, wo der an sich bestrittene Klaganspruch auf Grund einer in jure schon unbestrittenen Exzeption[33] sofort zurückgewiesen werden kann. Hier scheint es des bei Streit über die Thatsachen unumgänglichen Judiziums nicht zu bedürfen.

Allein dieser Fall kann bei exceptiones peremtoriae nie eintreten. Die römische Prozeßlehre hielt daran fest, daß stets der Actor erst seine Intention beweisen muß, bevor sich über den Erfolg der exceptio ausgesprochen werden kann.[34] Und dies ist ganz begreiflich, wenn man erwägt, daß dem römischen Prozeß das Verhandlungsprinzip, welches den Parteien anräth, nöthigenfalls auch gegen die bona fides, zu leugnen und zugleich zu exzipiren, fremd war. Der Verklagte konnte sich, wenn er mit Grund die Klage leugnete, die Exzeption ersparen; und es war für das Gericht, wenn er leugnete, da die Vermuthung für begründetes Leugnen sprach, logisch nothwendig, erst den bestrittenen Klaggrund zu untersuchen, bevor die unbestrittene Exzeption wirksam erklärt wird. Es bestätigt sich also hier vollkommen der bereits aufgestellte Satz, daß das Eingehen auf die Exzeption eine definitive Anerkennung des Klaggrundes enthielt.[35]

---

33) Ist der Klaganspruch unbestritten, und die Exzeption bestritten, so muß es zum Judizium kommen. Cf. 9. pr. de jurej. 12, 2. Sind beide unbestritten, so ist Alles durch confessio in jure erledigt.

34) L. 9. Cod. de except. 8, 36. Bei Puchta, S. 176. Not. h. und i. scheint angenommen zu werden, daß die exc. rei judicatae schon durch ihr Vorschützen in jure, natürlich vorausgesetzt, daß sie faktisch unbestritten ist, das Judizium unbedingt ausschließt. Allein keine der dort angeführten Stellen spricht irgend Etwas gegen den Grundsatz der L. 9. Cod. cit. aus. Dasselbe gilt von der Einrede des Vergleichs. Die L. 2. pr. si quis caut. 2, 11 besagt weiter Nichts, als daß die cautio judicio sisti nicht verwirkt ist, wenn sich die Parteien, ante sisti oportet, über den Prozeßgegenstand vergleichen. — Dasselbe gilt von L. 9. pr. de jurej. 12, 2. In dem von materieller Wahrheit getragenen Prozeß wird es auch keinem Verklagten eingefallen sein, zu sagen: der Klaggrund ist unwahr, eventuell durch res judic. oder Eid schon entschieden.

35) Vgl. §. 2. Not. 19. ff.

Nach Ausscheidung der exc. peremtoriae bleibt mithin nur noch die Möglichkeit, daß in jure schon eine unbestrittene[36] exc. dilatoria dem bestrittenen Klaganspruch gegenüber steht. Hierhin gehören die auch praescriptiones genannten Einwände der Inkompetenz, loci, temporis u. s. w.[37]

Wenn nun der actor einräumte, oder einräumen mußte, daß dem Gegner eine exc. dilatoria, z. B. procuratoria[38] oder pacti, ne intra quinquennium peteretur,[39] zustehe, so war es das Natürlichste, daß er selbst seine Klage sistirte, bis sich der Grund der Exzeption beseitigte.[40] Zu einem Spruch des Prätors war in der Regel keine Veranlassung. Indessen mochte doch mitunter ein solcher geboten erscheinen. Es kam wirklich vor, daß der Prätor die Klage auf Grund einer praescriptio zurückwies, ohne daß das thatsächliche Fundament der ersteren zur Untersuchung gelangte. Das bestätigt zunächst allgemeinhin die L. 4. Cod. de exc. 8, 34.,[41] indem das Wort sententia auch auf dilatam, nicht bloß auf finitam zu beziehen ist. Daß die ohne Sentenz stattgehabte dilatio defensiones integras ließ, bedurfte gewiß keines Ausspruchs.

Einen Anwendungsfall enthält sodann die L. 5. Cod. de pign. 8, 14.[42] Diese kann sich nur auf eine in jure vorgeschützte praescriptio beziehen; denn eine praescriptio konnte, wie die Konstitution voraussetzt, non causa cognita, in judicio gar nicht vorkommen. Ein Erkenntniß, auf Grund der peremtorischen

---

36) Denn, ist sie bestritten, so ist wieder das judicium, und zwar mit den oben §. 2 besprochenen Folgen, unvermeidlich.

37) Puchta, §. 171.

38) L. 2. §. 4. de exc. 44, 1. Rudorff, S. 111.

39) L. 3. ib.

40) „Exceptionem evitare", da sie ihn sonst in judicio, wenn er seinen (bestrittenen) Klaganspruch dorthin brachte, definitiv zurückschlug.

41) Quum nondum finitam sententia causam, sed dilatam allegetis, non est dubium, omnes integras defensiones vobis esse.

42) Praeses provinciae vir clarissimus jus pignoris tui exsequentem te audiet. Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, aut, ut dicis, non causa cognita, sed praescriptione superatum esse constiterit.

oder dilatorischen Einrede in judicio abweisend, setzte unbedingt voraus, daß die Kognition über den bestrittenen Klaggrund vorausgegangen war.[43] War dagegen der letztere unbestritten, so bedurfte es keiner Kognition; daß aber auf diesen Fall die erwähnte Konstitution nicht bezogen werden kann, ist klar, weil das: non causa cognita als eine besondere Eigenschaft des fraglichen Falls hervorgehoben wird.

Eine solche Sentenz war kein Judikat; sie sprach aus, daß der Klage nur ein formeller, zu beseitigender Grund entgegensteht. Sie hat nicht mehr Effekt, als wenn der Kläger ohne Sentenz seine Klage aufgeschoben hätte. Die L. 5. Cod. cit. erklärt, daß ein solcher Ausspruch, gegen den Pfandschuldner (in dem Prozeß über das Eigenthum der verpfändeten Sache) ergangen, dem Pfandgläubiger nicht präjudizirt. Die L. 4. Cod. cit. erklärt unbeschränkt, daß in der Sache selbst Alles intakt bleibt.

Der innere Zusammenhang dieser Erscheinungen läßt sich nicht verkennen. Die in jure ergangene Zurückweisung der Klage auf Grund einer exceptio dilatoria macht kein Judikat. Denn sie erkennt nicht über den Thatbestand, prüft nicht die Wahrheit des Klaganspruchs, dessen rechtliche Begründung sie allerdings vorher prüfen muß. Sie macht auch kein Judikat über den Thatbestand der exc. dilatoria, denn deren Kraft liegt in der confessio des Klägers. Die Sentenz in judicio dagegen, welche wegen einer exc. dilatoria abweist, macht im strengsten Sinn ein Judikat auch des Klaggrundes. Finden wir nicht hierin deutlich angezeigt, daß die Judikatseigenschaft der Sentenz gerade davon abhängt, daß sie über das Thatsächliche erkennt?

Paßt nicht vollkommen dazu das vorhin über das Kontumazialurtheil in jure Gesagte?[44] Ein solches Urtheil erkennt immerhin über das Faktum, darum ist es der Rechtskraft fähig; aber es erkennt doch nicht auf eine wirkliche Wahrheitsprüfung, sondern auf vom Gesetz gebilligte Fiktion hin.

43) S. §. 2. Not. 19 ff.

44) S. Not. 51.

Folglich hat es doch nur eine gleichsam gemäßigte Rechtskraft. Trotzdem, daß es für den Rechtsbestand des Urtheils, als Judikats unter den Parteien, zunächst nur auf die Legalität des Verfahrens anzukommen scheint, finden wir also doch unwillkührlich den Einfluß des materiellen Inhalts des letztern anerkannt.

Ueber die Entscheidung der streitigen Frage,[45] ob die von dem Prätor im Verfahren ohne datio eines judex selbst ertheilten Entscheidungen der Rechtskraft fähig waren, werden wir hiernach nicht im Zweifel sein können. Von Haus aus müssen wir annehmen, daß die im legalen Verfahren ertheilte legale Sentenz als res judicata auftritt; mithin auch die von dem Prätor ertheilte, wenn es legal war, ohne Anordnung eines Judiziums zu prozediren. Dafür sprechen auch Quellenzeugnisse.[46]

Wenn indessen da, wo die Lehre der res judicata ex professo abgehandelt wird, von den Sentenzen der Magistrate so wenig die Rede ist, so kann dies nicht auffallen. Die Erkenntnisse derselben waren großentheils der Art, daß sie mehr als Administrativverfügungen, denn als Justizurtheile erscheinen.[47] Zum Theil enthalten sie nur vorläufige Entscheidungen, oder Entscheidungen über solche thatsächliche Verhältnisse, welche nicht leicht anderswo Einfluß haben.[48] Nur zum geringeren Theil

---

45) Puchta, §. 175 Not. n. §. 176 Not. p. Savigny, S. 287. Rudorff, Bd. 2. §. 1. a. E.

46) L. 42 de re jud. 42, 1. L. 1. Cod. sent. rescind. non posse 7, 50. Daß dies „bezüglich der eigentlichen Entscheidungen der Magistrate", erst später eingeführt sein sollte, erhellt nirgends. S. Puchta, §. 176 Not. p. — Dazu paßt L. 14. de re jud. recht gut, wie sich gleich ergeben wird. — Bestätigt wird die hier geäußerte Meinung auch durch L. 29 pr. de exc. rei judic. 44, 2 L. 2 Cod. de fideic. libert. 7, 4. (Denn diese war extraord. cognitio.)

47) Vgl. über die Gegenstände der extraord. cognit. Puchta, §. 176. Rudorff, a. a. O.

48) Bei Restitutionen, Beschwerden der Väter und Kinder, der Sklaven, Freigelassenen und Herren u. s. w. läßt sich nicht wohl denken, was aus den deshalbigen Verfügungen, selbst wenn sie sententiae wären, für ein Präjudiz folgen soll; wofern nicht etwa die Frage, ob minor, ob servus u. s. w. entschieden würde.

enthalten sie Erkenntnisse über einen Thatbestand, welcher die Grundlage mehrfacher Rechte bilden mag. Darauf scheint der Gegensatz der decreta und sententiae zu beruhen, welcher ausdrücklich betont wird.[49]

Es wird hoffentlich in dem Folgenden nicht zweifelhaft bleiben, daß das Erkenntniß über den Thatbestand die Grundlage der res judicata bildet. Ist dem so, so liegt gewiß kein Grund vor, den legalen Spruch des Prätors für kein Judikat zu erklären, sobald er wirklich causa cognita[50] im zweiseitigen streitigen Verfahren, d. h. also auf wahrhafte Beweisverhandlung hin, erfolgte. Ein solcher war sententia. Aeußerlich hat die ganze Frage nur antiquarisches Interesse. Der Gegensatz des ordo judiciorum zum Verfahren extra ordinem hörte auf. Allein der Gegensatz der Erkenntnisse, welche thatsächlich feststellen, und derjenigen, welche, wenn sie überhaupt endlich entscheiden, nur die Rechtsfrage entscheiden, blieb. Er darf nicht übersehen werden.

Aber noch in anderer Richtung wird der materielle Inhalt der Sentenz und folgeweise auch des vorangegangenen Verfahrens wichtig. Wäre die römische Rechtsansicht formalen Instituten geneigt gewesen, so hätte sie die Rechtskraftslehre so ordnen mögen, daß man sich neben der Prüfung der Legalität möglichst nur an den Wortlaut der Dezisive zu halten gehabt hätte. Man hätte die Wirkungen des Judikats, unbekümmert um die innere Entstehung dieser Privatlex, einfach danach, quod pronunciatum oder scriptum est, bestimmt.

Statt dessen begegnen wir der sorgfältigsten Rücksicht auf das, was wirklich thatsächlich festgestellt worden ist,[51] und wie

---

49) L. 14. de re jud. 42, 1. Quod jussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere et remittere licet; de sententiis contra.

50) Cf. L. 11. Cod. de fideic. lib. 7, 4. — Adiri praeses provinciae oportet, ut causa cognita, si tibi deberi libertatem perspexerit, ad manumittendum eum, qui debet (libertatem ex fideicommisso), urgeat.

51) Daß dies auch im ordentlichen Verfahren in judicio wichtig wird, zeigt der Einfluß des summatim cognoscere. S. §. 8. Not. 105 ff.

dieses festgestellt worden ist. Wir begegnen also, obgleich bei dem Gedanken an die Rechtswirkung auf den ersten Anschein zurücktretend, den nemlichen Momenten, welche für die Beweiswirkung bestimmend sind.

3. Objektiver Umfang der Wirkungen einer Sentenz.

§. 6.

a. Im Allgemeinen.

Es fragt sich, wie weit die Sentenz objektiv, d. h. ihrem Gegenstande nach, auf andere Gegenstände, seien diese thatsächliche oder Rechtsverhältnisse, ihre Wirkungen erstreckt. Am Schluß des vorigen Abschnitts wurde bemerkt, daß in dieser Hinsicht die größte Uebereinstimmung zwischen der Rechts- und der Beweiswirkung herrscht. Es wird sich hier ergeben, daß beide in Betreff ihrer Ausdehnung vollkommen Hand in Hand gehen; so sehr, daß in diesem Abschnitt im Ganzen die sonst sich empfehlende Trennung der beiden Seiten der Sentenzwirkung ohne Weiteres aufgegeben werden kann. —

Soll die frühere Sentenz als Bestätigung der Wahrheit eines streitigen Umstandes wirken, so kann es sein, daß sie ganz denselben Umstand geradezu bezeugt. Dies ist der einfachste Fall der Anwendung einer Sentenz als Zeugniß. Wenn ebendasselbe, was sie als wahr anerkannt hat, wieder bestritten wird, so kommt es nur darauf an, ob die Sentenz glaubhaft ist. Allein es ist nicht nöthig, daß das ältere Urtheil gerade verbotenus das Beweisthema des nachfolgenden Prozesses enthält. Durch Kombination mit andern Thatsachen, durch Beschränkungen, Erweiterungen u. dgl. treten Verschiedenheiten ein, welche eine künstlichere oder mühsamere Operation des Verstandes erfordern, wenn es sich fragt, ob die Wahrheitsüberzeugung in einer andern Sache auf einem bereits früher ergangenen Erkenntniß fußen kann. Da das römische Recht der freien Logik in der Thatfrage keine Schranken setzte, konnte der Beweiseffekt einer

Sentenz niemals auf das Nächstliegende oder auf die dürre Dezisive verwiesen sein. Es mußte vielmehr, wie bei jedem Zeugniß, die natürliche Logik in der Erkenntniß dessen, was eigentlich die Aussage des Richters in der Sentenz enthält, was sie thatsächlich feststellt, und welchen Werth dieses nach den Gesetzen der Logik für einen andern Fall hat, freie Bahn haben. Die similitudo rerum, im allgemeinsten Sinn,[1] die frei sich bewegende logische Vergleichung entschied, was mit jener Feststellung für andere nicht unmittelbar damit zusammenfallende Beweisfragen späterer Prozesse zu machen sei.

Der nemlichen Manipulation bedarf es zur Erkenntniß, wieweit die Judikatswirkung reicht. Ich habe oben schon[2] angeführt, daß das römische Recht auch nach dieser Seite hin nicht etwa daran dachte, nur in dem starren Ausdruck der Dezisive das Wesen der obligirenden Sentenz zu finden. Es verlangte für diese Form Fleisch und Blut aus den materiellen Grundlagen. Daraus folgt, daß für die Bestimmung der Bedeutung als Judikat ebenso, wie bei Bestimmung der Zeugnißfähigkeit, erkannt werden muß, w a s eigentlich die Sentenz sagt.

Da das Judikat ein Rechtsinstitut ist, so läßt sich freilich die innere Bedeutung derselben nicht b l o s nach freier Logik auslegen. Unumgänglich dienen hier zugleich Rechtsregeln als Vorbedingung der Rechtskraft und als Norm der Prüfung ihres Umfangs. Was die Sentenz r e c h t l i c h nicht vermag, kann dem Umfang ihrer Judikatseigenschaft nicht zugerechnet werden, die Logik mag sagen, was sie will. Aber an dem Faden der Rechtssätze bestimmt sich die Methode der Ermittlung dessen, was die Sentenz r e c h t l i c h bedeutet, nach freier Logik. Und diese Methode ist um so bedeutsamer und einflußreicher, wenn die Judikatseigenschaft hauptsächlich auf dem thatsächlichen Inhalt des Prozesses, auf der Thatfragenentscheidung, beruht. In

---

1) Quinct. V, 2.
2) §. 5. a. E.

Allem, was die Thatfrage angeht, ist die natürliche Logik alleinige Herrscherin.

Wenn das römische Recht formell das Judikat nur in dem Wortlaut der Dezisive gefunden hätte, würde es vermuthlich ebenso formell nur die Anwendung auf den ganz und gar kongruenten Fall gestattet haben. Da aber der natürlichen Logik in der Interpretation der Sentenz selbst Spielraum gegönnt war, läßt sich denken, daß derselben nicht minder Spielraum in der Vergleichung des zu entscheidenden mit dem enschiedenen Fall gewährt wurde. Das römische Recht sagt keineswegs, daß das Judikat nur auf denjenigen Fall wirkt, welcher ganz das Nemliche — lassen wir es einstweilen dahingestellt, ob Rechtsverhältniß, Klagerecht, Gegenstand u. s. w. — ist, wie der frühere. Folglich muß, wenn nicht geradezu beide identisch sind, immer eine Vergleichung stattfinden. Diese vollzieht sich nach gewissen leitenden Rechtssätzen, jedoch im Wesentlichen abermals nach derselben Methode echt logischer Vergleichung, wie bei der Prüfung der Beweiswirksamkeit. Beide sind so sehr identisch, daß, wie sich im Einzelnen zeigt, die rechtlichen Merkmale, nach denen sich bestimmen soll, ob die Rechtswirkung einen späteren Rechtsfall ergreift, in der That Nichts sind, als in die juristische Theorie aufgenommene einfache Sätze der Logik.

Dies muß denn näher an den Quellenbeispielen nachgewiesen werden. Die Doktrin hat gewisse Momente, nach denen sie den objektiven Umfang der Sentenzwirkung zu bestimmen sucht. Ich will der Reihe derselben folgen. An sich ist diese Ordnung ziemlich gleichgültig.

§. 7.

b. Der Gegenstand.

Bei Untersuchung der Frage, ob die Sentenz als Entscheidung in einem andern Fall erheblich wird, lenkt sich der erste Blick auf eine Vergleichung des Gegenstandes beider Rechts-

streite. Die römischen Juristen erklären auch, daß die Identität des Gegenstandes, d. h. desjenigen Objekts, welches in beiden Prozessen verfolgt wird, sehr wichtig ist.[1] Natürlich, denn, wenn die neue Klage ein ganz anderes Objekt verfolgt, wird in der Regel der frühere Ausspruch keinen Werth haben.[2] Der Gegenstand tritt in dreierlei Arten auf, als corpus, körperliche Spezies, als quantitas, gewisse Menge fungibler Sachen, oder als jus, als unkörperlicher Werthgegenstand.[3]

Wo ein ganz anderer Gegenstand war, muß im Ganzen angenommen werden, daß über den neuen weder die Parteien entschieden haben wollten, noch auch der Richter entschieden hat.[4] Dies schließt aber nicht aus, daß, ungeachtet der Verschiedenheit des Objekts, doch die frühere Entscheidung Einfluß gewinnt, weil nach anderer Seite hin der Thatbestand identisch ist.[5] Die Identität des Gegenstandes darf bei Prüfung der Sentenzwirkungen nicht übergangen werden, allein sie ist keine absolut nothwendige Voraussetzung, weder der Zeugniß- noch der Rechtskraftsfähigkeit.[6]

Diese Identitätsfrage wird durch mancherlei Beispiele erläutert. Actus und iter sind verschiedene Objekte in der Weise,

---

1) L. 7. §. 1. de exc. rei jud.: utrum idem petere videor, an aliud, magnae — freilich nicht necessariae — quaestionis est.

2) L. 21 pr. h. t. gibt davon ein Beispiel. Wenn, nachdem über das Legat des Silbers erkannt worden ist, später (prolatis codicillis, d. h. zugleich auf ein getrenntes thatsächliches Fundament hin; dort ist Legat ex testamento, hier Legat ex codicillis) die Garderobe gefordert wird, so sind das ganz verschiedene Objekte. Schon die Glosse mißversteht diese Stelle. Sie nimmt sehr willkührlich an, daß supra vicit actor, qui aestimationem acceperat, hic succubuit. Gloss. judicium. ad h. l. Vgl. die Ausführungen des Zas. in L. 12—14 pr. h. t., welche viele richtige Bemerkungen enthalten.

3) L. 12. 13 h. t. Gloss. si quis, quum totum in L. 7 pr. cit. Donell. lib. 22. c. 5. p. 1242.

4) L. 20 i. f. L 21 pr. cit.; quod nec actor petere putasset, nec judex in judicio sensisset.

5) S. unten Not. 15.

6) S. Not. 11. 12. und auch L. 12. 13. h. t. Savigny, S. 444.

daß die Sentenz über das jus itineris dem Anspruch auf den actus nicht präjudizirt.[7] Es sind zwei generisch, dem Rechtskarakter, wie der thatsächlichen Voraussetzung (Art der Ausübungshandlungen) nach, verschiedene Dinge.[8]

Die Vindikation des Eigenthums enthält gegenständlich auch die Vindikation des Usufruktus, welcher einen integrirenden Bestandtheil des jus dominii bildet. Folglich kann bei Abweisung der ersteren Klage nicht der letztere ex eadem causa nachgefordert werden.[9]

Die Ermittlung der Identität des Gegenstandes ist Nichts als eine Aufgabe der natürlichen Logik, allerdings häufig unter gleichzeitiger Benutzung rechtlicher Grundsätze.[10] Die natürliche Logik sagt, daß keineswegs immer nur die äußere Gleichheit des Objekts masgebend sein kann.[11] Qualität und Quantität, die äußere Gestalt u. s. w. können häufig wechseln, ohne die

---

7) L. 11. §. 6. h. t. — Die Glossatoren und Kommentatoren folgerten auch hier nur aus dem Umstand, daß iter petere eine andere petitio ist, als actum petere. Paul. Castr. ad h. l.

8) Savigny, S. 420. — Die Ursache der Unpräjudizirlichkeit liegt also wirklich in der diversitas corporum; nicht, wie oft gesagt wird, weil hier verschiedene Rechtsfragen seien. Cf. L. 17 de exc. 44, 1. — Die thatsächliche Wahrheit, daß ich den iter ausgeübt, beweist noch nicht, daß ich den actus ausgeübt; folglich gibt mir auch die Rechtsanerkennung des iter noch keinen actus.

9) L. 21. §. 3. h. t. Zugleich wird aber auch in dieser Stelle gezeigt, daß die Identität des Objekts vollkommen gleichgültig ist, wenn ex alia causa geklagt wird. Denn die Zurückweisung der Klage auf den Usufrukt, den ich als Servitut erworben haben will, hindert nicht, ihn später auf Grund eines Eigenthumserwerbs zu fordern. Hier sind ganz verschiedene thatsächliche Grundlagen. Donell. l. c. p. 1243. Die Glosse und ihre Nachfolger machten künstliche Unterscheidungen, nicht der Grundlage, sondern des usus-fructus causalis, oder conjunctus gegen den formalis, separatus u. s. w. Gloss. ad L. 21. §. 3. cit. Brunnem. ad. h. l. Paul. Castr. ad h. l.

10) wie zu Not. 9. von dem rechtlich anerkannten Karakter des Usus-fruktus.

11) wie L. 14. pr. h. t. direkt bestätigt; idem corpus non utique pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione deminutione-ve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur.

Identität zu zerstören.[12] Es ist immer dieselbe Heerde, welche beansprucht wird, wenn sich auch die Zahl der Thiere vermehrt oder vermindert.[13]

Auch der äußere Umfang, in welchem das Objekt dort und hier auftritt, braucht nicht unbedingt kongruent zu sein. In dieser Hinsicht hat die Argumentation ein weites Feld vor sich. Im Allgemeinen wird man geneigt sein, anzunehmen, daß das Umfassendere das Mindere in sich schließt,[14] umgekehrt das Beschränktere den hierunter nicht begriffenen Theil des Mehr nicht berührt.[15] Im Einzelnen aber modifiziren sich diese allgemeinen Ansichten mannigfach.

Das Ganze begreift den Theil in sich. Die Sentenz, welche über das Ganze erkennt, erkennt auch über den Theil. Wo über das Eigenthum des ganzen fundus entschieden wurde, ist auch über alle reellen oder ideellen Theile desselben entschieden.[16] Wo die erste Klage die ganze Heerde betraf, wird die

---

12) Inspicitur substantia. Bart. ad L. 14. pr. cit. Donell. l. c. 1242.

13) L. 21. §. 1. h. t. Donell. l. c.

14) Wovon bezüglich des Verhältnisses des Usufruktus zum Eigenthum schon in Not. 9. ein Beispiel.

15) Wenn Jemand auf Grund eines Legats die silbernen Tische, oder deren aestimatio, erlangt hat, so kann er nachher noch das übrige legirte Silberzeug einklagen. L. 20. h. t. Aus dem natürlichen Grund, quia, quod non est petitum, nec actor petere putavit, nec judex in judicio sensit. — Ganz anders würde freilich die Entscheidung des Trebatius gelautet haben, wenn in der ersten Sache zu Recht erkannt worden wäre, daß dem Kläger gar kein Legat ausgesetzt worden, oder daß das Testament ungültig sei; cf. L. 45. h. t. — Die Glosse der L. 20. veranlaßte die Doktrin zu rein äußerlichen Unterscheidungen, je nachdem die persecutio eine generalis, oder generalis ad specialia porrecta, oder specialis sei u. s. w. S. Bartol. ad L. 20. cit.

16) L. 7. pr. h. t. — Vorausgesetzt, daß, wie im röm. Prozeß, möglichst definitiv und in das Materielle eingehend, entschieden wird. Cf. L. 25. §. 8. fam. hercisc. 10, 20. Anders nach dem strengen Verhandlungsprozeß. (Die Glosse und Petr. de Bellap. hielten an dem röm. Text noch fest.) Hier ist es dem Verklagten gestattet, zu läugnen und zu beschwören, daß er nicht den ganzen Acker besitzt, wenn er drei Viertheile besitzt; daß er nicht 100 schuldet, wenn er 80 schuldet. Bartol. ad L. 7. cit. und L. 1. §. 4.

Entscheidung für alle einzelnen, zur Zeit[17] in der Heerde befindlichen Stücke präjudiziell.[18] Ebenso verhält es sich bei andern universitates. Der ideelle Begriff des Ganzen ist maßgebend.[19]

Die Sentenz über die ganze Erbschaft ergreift auch deren ideelle,[20] so wie alle reellen Bestandtheile[21] derselben.

Sie wird ferner rechtlich für die Früchte und Akzessionen in derselben Weise wichtig, wie als Beweisargument für die logischen Folgerungen aus ihrer thatsächlichen Feststellung. Die letzteren sind die logischen Akzessionen und Früchte der festgestellten Wahrheit, wie jene die des festgestellten Rechts. Der Entscheidung über die Hauptsache folgen die Früchte[22] und die

---

V. O. 45, 1. Paul. Castr. in L. 17. h. t. Es kommt Alles darauf an, wie die Positionen behandelt werden. Jason de Mayn. ad L. 1. §. 4. cit. Wie dies geschieht, so spricht auch die Sentenz. Mithin erkennt diejenige, welche z. B. nur wegen der pluspetitio, wie angebracht, abweist, nicht über alle einzelnen Theile. Insofern ist es wesentlich, daß die neuere Praxis auch in dieser Richtung von dem ältern Formalismus abgeht. Vgl. auch Savigny, S. 303.

17) S. Not. 13.

18) L. 21. §. 1. h. t. — Darüber hatte schon die Glosse Bedenken, weil doch das Recht an den einzelnen capita verschieden sein könne. Bartol. ad L. 30. de usuc. 41, 3. Zuletzt kam es darauf an, ob der Kläger in der Klage: hanc gregem, has oves oder wie sonst sagte. — Die Stelle erklärt sich einfach, wenn man den Karakter des röm. Judiziums in's Auge faßt. Daß die grex als universitas rerum (distantium) vindizirt werden mag, steht fest. Ebenso fest steht es aber, daß, wenn der Verklagte behaupten will, daß einzelne capita nicht dem Kläger gehören, er dies in dem Prozeß geltend machen muß. Sonst erkennt die Sentenz, welche das dominium gregis anerkennt, daß jedes caput, quod adfuit in eo grege, dem Kläger gehört. Vgl. damit Girtanner in Ihering's Jahrb. Bd. 3. S. 133 ff.

19) Vgl. Puchta, Kurs. Bd. 2. S. 518. Girtanner, a. a. O. S. 144 ff.

20) L. 30. pr. h. t. dimidia pars und sextans.

21) L. 7. §. 5. i. f. h. t. — Ueber pars und totum wird ganz ebenso in L. 7. de jurej. 12, 2. argumentirt. Die L. 7. §. 5. cit. war schon der Glosse nicht unbedenklich, geschweige denn den späteren Juristen (cf. Bartol. ad h. l.); wieder aus den in Not. 16. berührten Gründen des formalen Verhandlungsprozesses. Vgl. Keller, S. 272 ff. Windscheid, die act. des röm. Civilrechts. S. 92. und unten §. 8. Not. 97. 104.

22) d. h. wenn sie schon in rebus humanis waren. L. 7. §. 3. h. t. S. oben.

Akzessionen, sobald sie keine selbstständige Existenz, keine eigene thatsächliche Grundlage haben. Die Sentenz über das Eigenthum einer ancilla praegnans verfügt noch nicht über das Eigenthum des partus;[23] denn der partus ancillae ist nach den Rechtsbegriffen nicht accessio,[24] während der partus gregis in diese fällt, die insula inaedificata, die Bäume,[25] die insula in flumine nata[26] nach der Lehre als Akzession erscheinen und an das Schicksal des Grund und Bodens geknüpft sind.[27]

Dagegen wird die Entscheidung, welche von dem Thatbestand ausgeht, daß Jemand einen Theil des Usufrukts erworben hat, nie präjudiziell für andere Theile, quia ususfructus non portioni, sed homini accrescit.[28] Der Rechtserwerb eines objektiven Theils, an den sich die Accreszenz anschließt, ist hier nicht nothwendig, während dies bei der Accreszenz des Eigenthums erfordert wird.

Die wichtigste Stelle für die Argumentation aus dem Verhältniß des Ganzen zu den Theilen, der Haupt- zur Nebensache bleibt die bereits mehrfach benutzte L. 7. h. t. Schon Savigny[29] hat die Ausführung Ulpian's gegen den Vorwurf der Willkürlichkeit[30] in Schutz genommen. Alles, was hier gesagt wird, ist einfachste Folge der logisch-juristischen Interpretation.[31]

---

23) L. 7. §. 1. h. t. cf. L. 14. §. 1. L. 28. §. 1. de usur. 22, 1. Windscheid, S. 97. Savigny, S. 506. Bekker, S. 747.

24) Puchta, Bd. 2. S. 702. Not. kk. — Cf. Zas. in L. 7. cit.

25) L. 7. pr. h. t.

26) L. 26. §. 1. Windscheid, S. 96.

27) Wie auch mit dem Beweis des Eigenthums des fundus der Beweis des Eigenthums der Akzessionen logisch gegeben ist.

28) L. 14. §. 1. h. t. — L. 33. §. 1. de usufr. 7, 1. Keller, S. 278.

29) Syst. Bd. 6. S. 503. 511. Beilage XVI.

30) Keller, S. 261. Dieser Vorwurf ist um so ungegründeter, als er den Juristen beschuldigt, daß er zwischen der positiven und negativen Funktion der exc. rei judic. schwankt. Die röm. Juristen wußten aber überhaupt Nichts von dem Prinzip der positiven und negativen Funktion. — S. unten §. 16.

31) Savigny, S. 512. sagt daher mit Recht, daß es „auf den Inhalt des Urtheils" ankommt.

Besonderer Erwähnung bedarf nur noch die Bemerkung Ulpian's über die caementa und tigna. Diese stützt sich auf die bekannte römische Ansicht über die Trennbarkeit des Baumaterials.[32] Der wahre Eigenthümer des letzteren kann nicht die Trennung verlangen und nicht vindiziren,[33] so lange die Verbindung mit dem fremden Hause dauert; allein sein Eigenthum geht nicht verloren. Sobald die Trennung thatsächlich eingetreten ist, kann er vindiziren. Nun sagt Ulpian zunächst, daß, wo eine insula in petitione war, zugleich über die Bestandtheile, lapides, tigna u. s. w. entschieden wurde,[34] zunächst den Fall unterstellend, daß der Petent an den letzteren kein besonderes Recht hat, daß er also dieselben auf denselben Grund hin erlangen will, den er vergeblich für die Vindikation des ganzen Hauses geltend machte.[35] Allein die Abweisung der Vindikation des Hauses entscheidet noch nicht unter allen Umständen, daß keine Vindikation der tigna und caementa stattfinden könnte.[36] Sobald diese getrennt worden sind, kann Derjenige, wider den festgestellt wurde, daß das Haus nicht sein Eigenthum sei, diese Objekte, als nunmehr selbstständige, auf Grund seines Eigenthumserwerbs an denselben[37] verfolgen. Mit andern Worten: Die injuncta folgen, so lange sie solche sind, dem Eigenthum des Hauses, gleichviel, wie es mit ihrem Eigenthum aussieht. Die Frage des Eigenthums der tigna kommt bei der Vindikation des Hauses gar nicht in Betracht; bleibt mithin unberührt für den Fall, daß die Trennung erst die Ventilation dieser Frage möglich macht.[38] Es ist darnach

---

32) Savigny, S. 507. Not. m.

33) L. 7. §. 10. de acq. rer. dom. 41, 1. L. 98. §. 8. de R. V. 6, 1. tit. Dig. 47, 3. Puchta, §. 231. Not. dd.

34) L. 7. pr. cit.

35) Also z. B. Eigenthum der Grundfläche.

36) L. 7. §. 2. cit.

37) z. B. durch Kauf.

38) Daher: quae juncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest; denn das Judikat: insulam Titii esse, ist noch lange nicht der Spruch, caementa (si separata essent) Titii esse. Cf. Donell. l. c. 1242.

klar, daß es sich um eine Eigenthümlichkeit der materia inaedificata[39] handelt, welche nicht einmal bei den tigna navis wiederkehrt, weil Nichts im Wege stand, diese durch eine actio ad exhibendum los zu machen und dann zu vindiziren.

Wird umgekehrt über einen Theil entschieden,[40] so scheint es, daß dem Anspruch auf das Ganze oder auf das Uebrige nicht präjudizirt werden kann. Indessen schließt dieß nicht aus, daß bei Gelegenheit der Kognition über den Theil Dinge festgestellt werden, welche als selbstständige Punkte demnächst ihre Wirkung äußern. Trotz des beschränkten Objekts kann die Sentenz nicht nur der Forderung der andern Theile, sondern noch ganz andern Ansprüchen entgegenstehen.[41] Die Ursache dieser Folge liegt darin, daß, wenn auch nur zu dem Zwecke, um über das dermalen streitige Objekt zu erkennen, ein selbstständiger Thatbestand beurtheilt worden ist, dessen Anerkennung oder Aberkennung noch andern rechtlichen Konsequenzen die Grundlage gewährt oder entzieht.

Ferner steht die Sentenz über den Theil oder das minus da der Klage auf das majus entgegen, wo das erstere so nothwendiger Bestandtheil des letztern ist, daß dieses ohne jenes nicht bestehen kann.[42]

---

39) und der Weinbergspfähle, cf. tit. Dig. 47, 3. — Diese Eigenthümlichkeit kann auch so ausgedrückt werden: der Beweis des Eigenthums am Haus beweist logisch noch nicht das Eigenthum der injuncta (si separarentur). — Ueber den Begriff der univers. rer. cohaerentium im Allg., s. Girtanner, a. a. O. S. 154. Die Frage, ob partibus commutatis die Identität einer Sache noch vorhanden sei, gilt für eine reine Aufgabe der Logik. S. L. 26. de judic. 5, 1.

40) Schon Zasius ad L. 7. h. t. bemerkt, daß diese Frage weder in den Gesetzen, noch von den doctores genügend behandelt worden sei. Er selbst geht auf dieselbe in Nr. 6. u. ff. näher ein, jedoch ohne sich von den formellen Rücksichten seiner Schule losreißen zu können.

41) Wenn z. B. bei Einklagung eines Theils über die Gültigkeit des zu Grunde liegenden Vertrags, über das Erbrecht des Klägers u. s. w. entschieden wird. S. unten §. 8. a. E.

42) Das ist der Fall der L. 26 h. t. Die Gloss. in h. l. vergleicht damit den andern Fall, daß der Eigenthumsvindikant nach seiner Abweisung

Bei Betrachtung der Frage, welche Bedeutung die Sentenz über ein minus oder einen Theil für das majus oder Ganze hat, muß von dem ausgegangen werden, was oben über das minus petere und condemnare gesagt wurde. Der dortige Grund für die Wirkung des minus ponere in condemnatione ist aushin maßgebend. Wenn tota res, ungeachtet des beschränkten Objekts, in judicium gebracht wird, so präjudizirt die nur das letztere betreffende Sentenz dem Ganzen. Nach römischen Grundsätzen wird selbst dann, wenn die Klage auf das minus siegt, die Klage auf das reliquum versagt.[43] Es kann keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß die Zurückweisung derselben eine dem Objekte nach umfassendere Klage ausschließt. Wenn erkannt worden ist, daß der Verklagte nicht 50 schuldet, so schuldet er gewiß nicht 100;[44] wenn erkannt worden ist, daß dem Kläger der Boden nicht gehört, so kann er nicht mehr den Boden sammt dem Haus vindiziren, u. s. w. Der Kläger war also, da der Richter, um das majus angegangen, immer das minus zuerkennen kann, darauf hingewiesen, lieber die — stets auf Geld zu richtende — Kondemnation unbestimmt, d. h. umfassend zu formuliren.[45]

Ob nach dem günstigen Erfolg der auf ein minus gerichteten Klage noch das plus erlangt werden kann, hängt also einmal davon ab, daß letzteres nach Abzug des minus als ein selbstständiges Objekt erscheint, sodann aber und hauptsächlich davon, ob dieses letztere auch seinen selbstständigen Thatbestand

---

den ususfr. causalis (s. Not. 9.) einklagt. — S. Keller, S .265. Savigny, S. 450. Windscheid, S. 96.

43) Gai. IV, 56.

44) Diese einfache Konsequenz ist der späteren Doktrin, welche als Axiom den Satz aufstellt, quod non est petitum, non est in judicio, keineswegs einleuchtend. S. z. B. Paul. Castr. in l. L. 7. h. t. 44, 2; weil immer daran gedacht wird, daß die Abweisung des Klägers mit dem minus nicht deßhalb erfolgen mag, weil er wirklich dieses nicht zu fordern hat. — Vgl. dagegen die treffende Ausführung bei Donell. p. 1242. S. auch Zas. in L. 12. h. t. u. 13.

45) Puchta, §. 166.

hat, oder ob, wenn derselbe Thatbestand wie früher zu Grunde gelegt wird, dieser, durch die vorsichtige Fassung in der Intention der Formel über das minus, vor der Konsumtion sicher gestellt worden ist.

Wie stimmt dazu L. 20. h. t. 44, 2? Der Legatar, der irrthümlich mensas argenteas in aestimationem deduxit, da ihm sämmtliches Silber legirt worden war, soll doch noch letzteres fordern können. Man möchte vielleicht den innern Grund dieser für das römische Recht[46] auffälligen Entscheidung in dem unterstellten Irrthum suchen. Oder doch darin, daß es sich nur um ein plus oder minus der litis aestimatio[47] handelt.

Dies will aber nicht recht genügen. Der Kläger, der geklagt hat, quidquid ex legato sibi dari fieri oportet, hat doch eam rem vollständig verbraucht.[48]

Vielleicht war die darin mitgetheilte Meinung des Trebatius nicht einmal eine allgemeine, oder nur wegen des Irrthums des Klägers gebilligt. Indessen spricht Gaius von einer Ansicht des Labeo, welche auf dasselbe hinausläuft.[49] Wer zwei Sklaven zusammen kaufte, konnte der letztern zufolge erst den einen einklagen und dann den andern.[50] Dieß setzte freilich voraus, daß mit der in factum concepta formula geklagt wurde. Denn die in jus concepta führte, quidquid ex ea re dare facere oportet, in judicium und schloß also die Möglichkeit einer erneuerten Klage aus diesem Thatbestand vollständig aus.[51]

So werden wir denn darauf geführt, daß die conceptio in factum einem gewissen Bedürfniß entsprach. Diese Fassung der Klage vermied die vollständige Konsumtion des Thatbestan-

46) Keineswegs der heutigen Lehre.

47) Die Folge einer Formel mit incerta condemnatio. Denn wäre es eine certa c. gewesen, so kann es nicht zur litis aest. kommen.

48) Daß die Stelle nicht davon redet, daß der Legatar seine intentio auf die mensae beschränkt hätte, ist klar. Sie redet nur davon, daß er in der litis aestimatio, in judicio, das Objekt näher angegeben hat.

49) Gai. IV, 59.

50) Quia verum est, qui duos emerit, singulos quoque emisse.

51) Cf. Gai. IV, 60.

des, aus dem geklagt wurde, wofür freilich die Gefahr eingetauscht werden mußte, durch falsche demonstratio des Gegenstandes den Prozeß zu verlieren.

Wenn in factum agirt wurde, behielt man die Klage auf dasjenige, was nicht als spezieller Gegenstand angegeben worden war. Auch dieses widerspricht nicht dem sonst so streng bewahrten Princip, daß nicht derselbe Thatbestand zweimal abgeurtheilt werden soll; ebensowenig ist der Gegensatz, welchen die actio in jus und in factum concepta ausdrückt, eine bloß juristische, oder bloß um der Lehre der pluspetitio willen[52] geschaffene Erfindung.

Es erhellt, daß das römische Recht oft das Klagobjekt als ein untergeordnetes Moment bei der Bemessung des dem Klaganspruch zu Grunde liegenden Thatbestandes betrachtete. Gewiß mit Recht. Denn es zeigt sich oft sogar, daß die Identität des Thatbestandes trotz gänzlicher Verschiedenheit der Objekte angenommen werden muß. In demselben Maß kann auch ungeachtet der Ungleichheit des Objekts das gelegentlich des einen Objekts festgestellte Zeugniß in Beziehung auf ein anderes Objekt beweisen.

Ebenso häufig wird man aber nach logischer Betrachtung sagen müssen, daß das Objekt so wesentlich zum Thatbestand gehört, daß die Verschiedenheit des erstern zu einem ganz verschiedenen oder doch gesonderten Thatbestand führt. Hier wird das auf das eine bezügliche Zeugniß für das andere möglicherweise gar keinen Beweiswerth haben. Daraus, daß ich den einen Gegenstand an jenem Tag gekauft habe, kann nicht wohl argumentirt werden, daß ich einen andern an einem andern Tag gekauft habe. Anders freilich, wenn ich die zwei zugleich kaufte. Kaufe oder deponire ich, um bei dem von Gaius aufgestellten Fall zu bleiben, mehrere Objekte zugleich, so kann es sein, daß wirklich nur ein Akt des Kaufens und Deponirens, also nur ein Thatbestand zur actio emti oder depositi vorliegt. Es

---

52) Cf. Gai. l. c.

kann aber auch sein, daß ich eigentlich zuerst an die Objekte dachte, daß ich jedes der mehreren Objekte auch für sich gekauft oder deponirt haben würde. Hier ist es denn nur Zufall und nebensächlich, daß ich, statt mehrerer getrennten Rechtsgeschäfte, aus Bequemlichkeit oder irgend einem Grund uno actu das Geschäft vollziehe. Ist dem so, so wäre es in der That eine spitzfindige Härte, anzunehmen, daß die Sentenz über das eine Objekt den Thatbestand, auch soweit er die andern betrifft, beweise oder konsumire.

Wann nun die eine oder die andere Unterstellung richtig sei, läßt sich niemals in abstracto definiren. Das römische Recht that also sehr wohl daran, bei allen Klagen, welche hierzu Gelegenheit boten, die Parteien durch die Wahl der für beide Alternativen aufgestellten formula in jus oder in factum concepta selbst entscheiden zu lassen, wie die Sache anzusehen sei. Die Wahl der in factum concepta formula zeigte an, daß die Folge der deductio in judicium und res judicata[53] auf den Klaggegenstand sich beschränken soll, oder mit andern Worten, daß das speziell bezeichnete Objekt wesentlicher Bestandtheil der res in judicium deducta, oder nur der dieses Objekt betreffende Thatbestand in judicium deduzirt sein soll.

Von diesem Punkt aus enthält denn die L. 20. cit. 44, 2. die Anwendung derselben Ansicht auf einen Anspruch ex legato; indem der Jurist interpretiren konnte, und wegen des guten Glaubens der Partei interpretirte, daß das Legat der mensae argenteae eine andere res sei, als das Legat des reliquum argentum.[54]

Gewiß ist es, daß zu der Gewährung der Möglichkeit, anstatt in jus, in factum zu klagen, nur bei den persönlichen

53) Abgesehen von Präjudizialfragen: an heres sit, u. s. w.

54) Es klingt fast wie eine Ahnung des Richtigen, wenn die spätere Doktrin diese Stelle durch eine Distinktion der persecutio generalis und specialis zu erklären sucht. Begriffe, die sie freilich rein formell versteht. Paul. Castr. in h. l. — Donell. p. 1243 erklärt die Stelle so, wie hier angegeben.

Klagen Veranlassung war. Bei der actio in rem steht das Objekt stets in dem Verhältniß zu dem Thatbestande des Klagerechts, daß es einen wesentlichen Theil desselben bildet. Die Beziehung auf das bestimmte Objekt ist hier immer die Hauptsache. In der Formel mußte die res, das jus, die hereditas, in der Regel sogar als ein certum, bezeichnet werden.[55]

Jedenfalls wirkt daher die Sentenz nicht über die res, welche ihren Gegenstand bildet, hinaus auf ein anderes Objekt. Der andere Gegenstand macht einen andern Thatbestand für die actio in rem.

Darnach folgt — auch für dingliche Klagen — das Verhältniß der Theile zum Ganzen. Es gibt bekanntlich reelle und ideelle Theile. Reelle Theile sind nur da denkbar, wo der Theil ein selbstständiger Gegenstand ist.[56] Mithin kann die auf einen reellen Theil gerichtete Klage nie den übrigen Theilen präjudiziren.[57] Die Frage, ob dem Ganzen, nemlich den übrigen Theilen einschließlich des getrennten Theils, nicht durch die Sentenz über den letztern präjudizirt werde, konnte nicht vorkommen, weil erst mit der Lostrennung des Theils von dem Ganzen eine dingliche Verfolgung desselben gegeben war. Wo eine Sache nicht aus kohärenten Theilen, sondern ex capitibus distantibus besteht,[58] versteht es sich von selbst, daß das Eigenthum eines

---

55) Puchta, Bd. 2. S. 110. — Die gelehrte Untersuchung, daß die act. Serviana in rem eine formula in factum concepta gehabt habe, — s. Puchta, Bd. 2. S. 769. Not. p. — hat wenig innerlich Ueberzeugendes. Direkte Zeugnisse dafür fehlen; alle andern Zeugnisse über die conceptio formulae in factum betreffen nur Personalklagen. Ein besonderes Bedürfniß für die Serviana actio läßt sich nicht erkennen.

56) L. 25. §. 1. V. S. 50, 16.

57) Die Vindikation der lapides oder tigna, welche von dem Haus losgetrennt sind, berührt nicht im Mindesten das Eigenthum der übrigen Bestandtheile des Hauses. Gerade wegen dieser Selbstständigkeit schien es den Römern nothwendig, daß solche Theile vor der Vindikation erst mittelst einer act. ad exhib. losgetrennt werden müssen; so z. B. auch die Schiffsbalken. L. 23. §. 5. de R. V. 6, 1. Girtanner, a. a. O. S. 163 ff.

58) §. 18. Inst. de leg. 2, 20.

einzelnen caput nicht für den ganzen Inbegriff der Heerde, Bibliothek u. s. w. maßgebend wird.

Was ideelle Theile betrifft, so erscheinen die verschiedenen Quoten eines Ganzen zwar als verschiedene Sachen; die Klage auf den einen ideellen Antheil würde also der Klage auf den andern nicht entgegenstehen.[59] Allein diese Quoten haben die Natur fungibler Sachen; quantitate consistunt.[60] Wenn Jemand Anspruch auf 100 Centner Waare macht, aber nur 50 einklagt, so hat die Logik Nichts dawider, daß er im Falle des Obsiegs die andern 50 einklagt. Ebenso, wenn der siegreiche Vindikant der ideellen Hälfte die andere einklagt; es ist ein anderes Objekt, unterscheidbar durch das Schicksal des ersten Klaggegenstandes.[61] In beiden Fällen aber ist es unmöglich, daß der unterliegende Kläger nochmals dieselbe Quantität einklagt. Der abgewiesene Vindikant der pars dimidia kann aber, wenn er aus demselben Grunde klagt, nicht wohl darthun, daß er nun die andere pars dimidia vindizire; ebensowenig kann er darthun, daß, wenn er nun ein Drittel oder Viertel vindizirt, dieß nicht in jener pars dimidia begriffen gewesen wäre. Mithin macht die Zurückweisung der dinglichen Klage auf einen ideellen Theil regelmäßig die Anstellung einer weiteren Klage aus demselben Thatbestand auf das Ganze oder andere ideelle Theile unmöglich. Darin lag denn abermals für den Kläger die Veranlassung, sein Recht nicht etwa stückweise, sondern so viel als möglich umfassend zu verfolgen. Gegen die bedrohlichen Folgen einer pluspetitio, die übrigens bei der Vindikation ideeller

---

59) S. auch Seuffert, Archiv, Bd. 1. Nr. 282, wo für das richtige Resultat der nach röm. Recht sehr falsche Grund, daß die exc. nur dem Sieger nützen könne, angeführt wird. S. oben §. 2. Not. 11.

60) Fungibilien sind nur nach dem Maas, Gewicht u. s. w. unterscheidbar. Diese Unterscheidbarkeit macht sie aber, z. B. 100 Maas Weizen und 50 Maas Weizen, 100 Thaler und 50 Thaler, nicht zu aliae res in dem Sinn, wie nur individualisirte Sachen aliae res sein können.

61) Vorbehaltlich der von Gai. IV, 56 angeführten Beschränkung durch die exc. litis dividuae.

Antheile, — bei reellem Objekte ist kein plus oder minus petere möglich, — offenbar seltener vorkam als bei Personalklagen, fehlte es nicht an einer Aushülfe durch eine formula incerta.[62]

Nach dem Bisherigen wird sich nun auch die Frage, welchen Einfluß die Sentenz über den Zinsenanspruch auf die spätere Verfolgung des Kapitals hat, beantworten.[63]

Daß die Aberkennung der Hauptschuld in jedem Fall auch dem Zinsenanspruch entgegensteht, ist nicht zweifelhaft, da letzterer stets nur eine akzessorische Natur hat. Ebensowenig ist es zweifelhaft, wie es gehalten worden sei, wenn Zinsen durch Stipulation oder Literalobligation ausbedungen wurden. Unter den Ursachen, welche die Verwandlung der aus beliebigen Gründen hervorgegangenen Schulden in credita oder nomina veranlaßten, war die Begründung der Zinsverbindlichkeit nicht die letzte.[64] Wo dieß geschah, hatte der Zinsenanspruch sein Fundament in der Stipulation oder Literalobligation. Es war nun gerade so, als hätte der Promittent Kapital und Zinsen als zwei Objekte versprochen. Wenn also bloß die Zinsen auf dieses Fundament hin eingeklagt wurden, so blieb der Anspruch auf das Kapital unberührt.[65] Nur muß der Kläger durch eine praescriptio

---

62) Gai. IV, 54. Dies ist also gerade das Umgekehrte von dem bei persönlichen Klagen Wahrgenommenen. Bei diesen bedarf es aushülfsweise einer conceptio in factum. Die actiones in rem sind regelmäßig, weil sie die Bezeichnung der res erfordern, in factum gefaßt; hier bedarf es für die Einklagung der ideellen Theile aushülfsweise einer Formel, welche sich an die in jus conceptio der Personalklagen, quidquid ex ea re, anschließt: quantam partem petat. Puchta, Bd. 2. S. 110.

63) Savigny, S. 452, Not. 3. S. 125 ff. Keller, S. 98, 170, 537.

64) Heimbach, die Lehre vom Creditum, Abh. 12.

65) L. 23. pr. h. t. zu Anfang. L. 1. Cod. de jud. 3, 1. Keller, a. a. O. Not. 8. — Es ist gerade so, als wenn Derjenige, welcher zwei Objekte gekauft hat, erst das eine und dann das andere einklagt. S. oben Not. 53. Auch hier wird vorausgesetzt, daß der Kläger nur die Zinsen in judicium bringt; denn, wenn er allgemein, was in stipulatione war, intendirt, so wird deren ganzer Bestand verbraucht.

verhüten, daß er nicht die ganze Zinsenobligation, auch für die Zukunft, in judicium deduzirt.[66]

Ebenso war es umgekehrt möglich, daß erst über das Kapital erkannt und dann über die rückständigen Zinsen gestritten wurde, wenn eben die frühere Klage auf das Kapital beschränkt worden war.[67]

Was nun, im Gegensatz zu den durch Formalobligation entstandenen Zinsschulden die bonae fidei negotia betrifft, so muß man davon ausgehen, daß es bei diesen ursprünglich gar keine selbstständigen vertragsmäßigen Zinsen gab, sondern nur Zinsen, welche officio judicis debentur.[68] Wenn es überhaupt vorkam, daß Zinsen bei solchen Geschäften ausbedungen wurden, so war diese Uebereinkunft integrirender Bestandtheil der Hauptobligation.[69] Mit andern Worten: das Zinsenpaktum hatte keine eigene Klagbarkeit.

Erhebt nun der Gläubiger Klage wegen des Kapitals und die Zinsen werden dabei nicht eingeklagt, oder auch nur in der Kondemnation vergessen, so ist sein Zinsanspruch verloren. Denn er hat darauf nur die Kontraktsklage. Die Zinsen folgen, hier ein wirkliches Akzessorium oder als Fruktus, aus dem Thatbestand der Obligation selbst. Da nun dieser einmal in judicium deduzirt worden ist, so wird der Gläubiger durch das Verbot der wiederholten Kognition der vorher erwachsenen Zinsen verlustig.[70] Er kann auch in Zukunft nicht auf Zinsen aus der

---

66) S. oben §. 2. Not. 18.

67) Denn nach dem Erkenntniß über die Kapitalobligation können aus dieser keine Zinsen als accessorium mehr entstehen. Puchta, Bd. 2. S. 24. a. E.

68) Dieser Begriff wurde denn ziemlich weit genommen; cf. L. 1. pr. L. 13. §. 1. de usur. 22, 1. L. 13. §. 20. de act. emt. vend. 19, 1; keineswegs auf den strengen Begriff der mora eingeschränkt.

69) Nach dem Prinzip der L. 7. §. 5. de pact. 2, 14.

70) L. 4. Cod. depos. 4, 34. L. 13. Cod. de usur. 4, 32. L. 49. §. 3. de act. emt. vend. 19, 1. — Die spätere Lehre erkannte dies Prinzip zwar im Ganzen für gesetzliche — denn vertragsmäßige waren verboten — Zinsen an, verfiel aber doch in endlose Distinktionen über die Reihenfolge,

alten Schuld, sondern nur aus dem Judikat rechnen.[71] — Klagte dagegen der Gläubiger mit der Kontraktsklage, deren er sich hierzu bedienen mußte, in ausdrücklicher Beschränkung auf die fälligen Zinsen, so war die günstige Sentenz gewiß kein Hinderniß, nachher das Kapital einzuklagen; allein auch die abweisende Sentenz hinderte dies nicht, wenn sie eben nur den Zinsenanspruch betraf, also lediglich erkannte, daß kein Grund zur Zinsenentrichtung ersichtlich sei.

Das ist der Satz, den die L. 23. h. t., wo sie von den bonae fidei negotiis handelt, zunächst ausspricht. Sie läßt dagegen die nach den sonstigen Erfahrungen über die Deutung der Sentenz nothwendige Konsequenz der präjudiziellen Natur des Spruchs über die Zinsen, welcher sich darauf stützt, daß keine sors geschuldet wird, unberührt.[72]

Der Satz: eadem erunt, et si quis ex bonae fidei judicio velit usuras tantum persequi, steht hiernach im einfachsten logischen Zusammenhang mit dem Anfang der Stelle. Weniger einfach ist der Schluß: nam nihilominus futuri temporis cedunt usurae, quamdiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae. Daß diese Worte trotz der Verbindungspartikel nam nicht den unmittelbaren Grund des so eben von der Zinsenklage aus bon. fid. negotiis Gesagten enthalten, ist offenbar. Diese ratio erklärt sicherlich nicht, warum die Sentenz über die Zinsen die Klage auf das Kapital nicht ausschließt. Sie spricht ja nur von dem Einfluß auf die Zinsen futuri temporis.

Indessen reiht sich doch diese Bemerkung dem Vorangegangenen gut an. Sie enthält eine Steigerung, ohne das Mittelglied auszudrücken. Sie argumentirt so: die Klage auf die

---

Form der Einklagung u. s. w. Alex. Paul. in L. 1. Cod. de jud. nr. 2. 3. Cynus in L. 4. Cod. depos. Paul. Castr. in L. 23. h. t.

71) L. 1. §. 2. de usur. 22, 1. L. 13. Cod. eod. tit. — Tit. Cod. de usur. rei jud. 7, 54.

72) Das nimmt auch von jeher die Lehre an. Paul. Castr. und Zas. in h. l.

Zinsen hindert nicht nur nicht die Klage auf das Kapital, sondern nicht einmal die Klage auf die weiter fällig werdenden Zinsen; und dies ist allerdings eine Eigenheit der ex bonae fidei negotiis erwachsenden gesetzlichen Zinsen. Daß nur von usurae, quae officio judicis debentur, hier die Rede ist, läßt sich nicht bezweifeln, wenn man den Schluß der Stelle betrachtet. Nun wies ich oben darauf hin, daß die Klage auf stipulirte Zinsen der ausdrücklichen Beschränkung einer praescriptio bedarf, um die gänzliche Konsumtion des Fundaments auch in futurum zu verhüten.[73] Diese Beschränkung ist bei dem Einklagen offizieller Zinsen aus dem bonae fidei Kontrakt nicht nöthig. Denn diese entstehen nicht aus einer einmaligen Thatsache, sondern aus dem kontinuirlichen officium judicis, welches jederlei für die Annahme einer Zinsverbindlichkeit sprechende Umstände zu berücksichtigen hat. Das Erkenntniß, daß bislang zu bon. fidei Zinsen der Richter keine Ursache sah, oder Ursache sah, bestimmt naturgemäß noch gar Nichts darüber, ob in der Zukunft dieselbe ersichtlich oder nicht ersichtlich bleibt. Diese Art von Zinsen hat keine andere res, ex qua proficiscuntur, als die bonae fidei obligatio, den Karakter der Obligation. Quamdiu manet bonae fidei, können Zinsen jeden Augenblick von Neuem aus irgend einem Grund der gesetzlichen aequitas laufen.[74] Von vertragsmäßigen Zinsen kann diese Stelle nicht verstanden werden; dies würde dem Schlußsatz geradezu widersprechen. Daß die Eigenschaft des Kontrakts als bonae fidei negotium nicht der Grund ist, aus dem konventionelle Zinsen laufen, versteht sich von selbst.

Bekanntlich wurde von dem Peregrinenrecht aus allmählig das einfache Zinsenpaktum klagbar. Es bedurfte nicht mehr der Stipulationsform[75] Darnach wurden alle Vertragszinsen in

73) S. Not. 66.

74) Die Mißverständnisse der Gloss., der Kommentatoren und der modernen Lehre näher darzustellen, wäre unnöthig.

75) Zunächst wohl nicht bei dem Darlehen, wo die Hauptschuld selbst nicht stipulatione, sondern re begründet wird. L. 12. de usur. 22, 1;

diejenige Stellung zu dem Kapital versetzt, welche vorher die stipulirten Zinsen einnahmen. Es galten also die oben bemerkten Grundsätze, welche heut zu Tage freilich aus einer ganz anderen Ursache der Praxis nicht recht scheinen wollen. Die römische Ansicht über das selbstständige Fundament der Vertragszinsen trifft mit der richtigen volkswirthschaftlichen Ansicht über die Natur des Zinses, als des Preises für die Nutzung des Kapitals und des Kredits überein! Der Zinsvertrag ist aus diesem Gesichtspunkt in der That, auch wenn er sich an ein Kauf-, Mieth- oder anderes Geschäft anschließt, ein eigenes Rechtsgeschäft. Der heutigen Rechtstheorie steckt aber noch immer, auch nach Aufhebung der kanonischen Zinsverbote, die kanonische Ansicht, daß der Zins nichts als ein fructus sortis[76] sei, mehr im Sinn, als nützlich ist.[77] Da der Zins als ein lediglches accessorium der sors betrachtet wird, kommt die Selbstständigkeit des Zinsvertrags nicht zur enschiedenen Geltung.

Wenn sich sonach ergibt, daß die Identität des Klagegegenstandes der interpetirenden und vergleichenden Logik gegenüber kein überall stichhaltiges Merkmal für die Anwendbarkeit der früheren Sentenz bildet,[78] so erhellt nicht minder, daß die Verschiedenheit desselben keinen nothwendigen Grund abgibt, die Anwendbarkeit auszuschließen. Man braucht daher die Obligationen mit alternativem oder generellem Objekt nicht deßhalb als Ausnahme von der Hauptregel der Identität zu be-

---

dann ganz allgemein; s. L. 17. §. 4. L. 13. pr. L. 30. eod. L. 1, 3. Cod. h. t. 4, 32. Heimbach, a. a. O. Abh.

76) Gerade darum, weil pecunia pecuniam parere non potest, weil der Zins eine unnatürliche Frucht erschien, verbot man denselben.

77) Vgl. Seuffert, Bd. 8. Nr. 171.

78) Vgl. L. 7. §. 1. i. f. h. t. „fere“. Einen wesentlichen Unterschied der persönlichen und dinglichen Klagen mit Rücksicht auf das Objekt führt noch L. 30. §. 1. h. t. an. Res semel tantum actoris esse und folglich semel tantum vindicari potest, während dieselbe Sache Objekt verschiedener Obligationen sein kann, daher denn bei persönlichen Klagen die bloße Identität des Objekts nicht viel bedeutet.

trachten, weil durch eine Forderung die ganze Obligation konsumirt wird. Ohnehin handelt es sich hier um keine Wirkung der Sentenz, sondern um die Wirkung des Wahlrechts, welches sich in der Anstellung der Klage bethätigt.[79] Die Identität des Gegenstandes ist kein prinzipielles Erforderniß der Sentenzwirkung, sondern nur ein Vergleichungsmoment für die Frage, an eadem res. Die thatbestandliche Identität der Obligation ist das Wesentliche.[80] Wo der Thatbestand einmal in judicium deduzirt worden ist, wird er konsumirt und diese Wirkung erstreckt sich auf die äußerlich zwar verschiedenen, aber korrealen (ex eadem obligatione) Objekte,[81] wie auf die korrealen Subjekte.[82]

Danach bestimmt sich auch das Verhältniß der aestimatio zu dem ursprünglichen Objekt. Ein Gegensatz getrennter Klagen auf diese Objekte war im römischen Recht nicht denkbar.[83]

Die Zerspaltung der Obligationen in die getrennte Verfolgung mehrerer Objekte ist erst neueren Rechtens. Während die römische Auffassung den Schwerpunkt in die Einheit des Thatbestandes legte, hält sich die Verhandlungsmaxime möglichst an die petitio.[84] Wo es folgeweise geschieht, daß die Wirkung der Sentenz über das eine Petitum für das andere in Frage gezogen wird, gibt sich die natürliche Logik von selbst. Ist dort entschieden worden, z. B., daß gar keine Obligation besteht,

---

79) Wie Wetzell, S. 428 richtig bemerkt. Vgl. die das. Not. 44 angezogenen Stellen, bes. L. 19. de leg. II. Daß die electio das eigentlich Wirkende ist, s. Bart. und Bald. in h. l. nach der Glosse.

80) Wetzell a. a. O. —

81) In solchem Verhältniß stehen aber z. B. nicht: Strafe und Schadensersatz bei Delikten; s. unten §. 9. Not. 32 ff.

82) S. §. 13. Not. 19 ff.

83) Bei der Klage auf certa pecunia gibt es keine aestimatio; bei der Klage auf alia certa res oder einer incerta intentio ist die aestimatio durch den Ausdruck der Formel: quanti ea res oder quidquid dari fieri oportet allemal mit in judicium deduzirt. Ein sukzessives Einklagen ist gar nicht denkbar; Puchta, II. S. 114. Not. t. 135, wegen des umfassenden Karakters des judicium.

84) S. Bart., Paul. Castr., Zas. ad L. 7. h. t. 44, 2.

so ist dem zweiten Petitum präjudizirt. Ist dagegen anerkannt worden, daß die Obligation besteht, aber nur das dortige Petitum der rechtlichen oder thatsächlichen Begründung entbehrte, so kann die Klage auf das andere Objekt[85] noch angestellt werden. Hier spielen dann die Ansichten der Verhandlungsmaxime wieder viel mit. Die Sentenz, welche die Klage auf den eigentlichen Obligationsgegenstand deshalb zurückweist, weil dessen Leistung unmöglich geworden u. s. w., muß logisch zugleich als Anerkennung, daß das Recht an sich besteht, betrachtet werden, mithin die Beweis- und Rechtsgrundlage der Entschädigungsforderung bilden. Zu der letztern bedarf es denn nur noch des weitern Thatbestandes, welcher die Entschädigung begründet, also z. B. des kulposen Verhaltens des Schuldners. Ueber diesen Umstand ist vorher noch nicht erkannt gewesen, er bleibt also unberührt. In dem Prozesse, welcher die Zurückweisung „wie angebracht" nicht scheut, hat vollends die Zurückweisung des einen Petitums wenig innerlich präjudiziellen Werth für das andere; sie enthält in der Regel noch gar keine Entscheidung streitiger Thatsachen.

§. 8.

Der Klaggrund.

Von dem Gegenstand wendet sich die Vergleichung zu der Identität des Erwerbs-,[1] oder, allgemeiner gesagt, Klaggrundes.[2] Die Römer nennen dieses Moment causa proxima[3] actionis,[4]

---

85) Sofern nicht die electio actoris diese schon vernichtet hat.

1) Savigny, S. 453.

2) Wetzell, S. 428.

3) L. 27. h. t.

4) L. 14. pr. h. t. — Die Glosse zu L. 27 cit. versteht unter causa proxima z. B. die emtio venditio et traditio als causa der Vindikation, während bekanntlich das Eigenthum im Allgemeinen als causa remota gilt. Die erforderte Identität des ersteren würde auf die Identität des thatsächlichen Fundaments hinauslaufen. Allein diese Ansicht fand viel Opposition

oder causa petendi und rechnen dasselbe zu denjenigen Dingen, welche vorzugsweise bei der Prüfung der Rechtswirkung zu berücksichtigen [5] sind.

Es ist klar, daß die Betrachtung der causa petendi am tiefsten zu dem Kern der Sache und am nächsten zu der thatsächlichen Grundlage führt. [6] Wir müssen indessen, so nahe es liegen mag, nur die einfachen Grundsätze der römischen Anschauung hervorzuheben, den künstlichen Einzelheiten der seitherigen Theorie einigermaßen folgen.

Unter der Rubrik „Identität des Klaggrundes" begreift man zunächst die Identität des sog. Aktivfundaments, oder des Entstehungsgrundes des Klagerechts. [7] Gerade dieser Punkt scheint die größten Schwierigkeiten [8] zu machen; denn, die Identität als Regel gedacht, entschlüpfen derselben scheinbar eine Menge von Ausnahmen, welche doch wieder alle in gewisse Rechtskategorien eingepaßt werden müssen. [9]

Man unterscheidet, oft nur, weil es L. 14. §. 2. h. t. so angibt, die actiones in rem und in personam. Der innere Grund

---

und daher L. 27. und L. 14. viele wunderliche Auslegungen. Das Verhältniß der causa zur exc. rei judic. war ein höchst schwieriges. S. Petr. de Bellap. in h. l. Bartolus, dessen Ansichten nach dem Zeugniß des Paul. Castr. und Jason allgemein gebilligt waren, bes. in L. 14. §. 2 h. t. Cyn. in L. 3. Cod. de edendo 2, 1. Näheres Eingehen erscheint unersprießlich. — S. auch Brunnem. ad L. 12. h. t.

5) Aber auch nur zu berücksichtigen („inspiciendum, spectandum") als Vergleichungsmoment.

6) Donell. l. c. p. 1243 i. f. sagt: Utrum eadem causa petendi sit, ex origine petitionis aestimandum est. Animadversa petitionis causa, deinde collata causa, ex qua nunc agitur, non difficile est ex collatione judicare, utrum eadem causa sit, an alia.

7) Keller, §. 35. Wetzell, S. 430. Savigny, §. 300. Daß übrigens der römische Ausdruck „idem jus et eadem causa petendi" nicht das aktive und passive Klagfundament bedeuten will, ergibt sich aus der oben bemerkten Bedeutung des Ausdrucks „jus".

8) Wetzell, a. a. O. Vgl. Not. 4. dieses §.

9) Die ältere Lehre hat ihren Mittelpunkt bes. in den Kommentaren zu L. 14. §. 2. h. t. s. Bartol., Paul. Castr. und namentlich die mehr systematische Darstellung von Zasius in h. l.

aber, den jene Stelle anführt, ist ein rein logischer,[10] freilich zugleich getragen von der römischen Behandlung der dinglichen Klage, insbesondere der rei vindicatio.

Die Eigenthumsklage erforderte im römischen Prozeß keine Angabe eines speziellen Erwerbsgrundes. Mit der Intention, rem meam esse, wurde die umfassendste Erörterung der Eigenthumsfrage in judicio eröffnet. Indem dort jede mögliche Deduktion des Eigenthumserwerbs vorbehalten blieb, war es vollkommen logisch, daß die Sentenz, getreu dem möglichst nach definitiven Resultaten strebenden Karakter des Judizium, über das Eigenthum endgültig entschied. Sie bezeugte und bestätigte durch die Dezisive nicht einen speziellen Eigenthumsgrund,[11] sondern, in der Voraussetzung, daß die Streitenden jeden wahren Nachweis desselben benutzt haben werden, das Eigenthum.[12]

Diese Voraussetzung fällt aber für den Beweiswerth und für die Rechtswirkung hinweg, wenn die Eigenthumsklage auf einen speziellen Erwerbsgrund gestellt wird.[13] Dies zeigt sich besonders an der negativen Sentenz. Die Zurückweisung der Vindikation spricht hier nur aus, daß der Kläger nicht aus diesem Grund Eigenthum ansprechen kann,[14] während sie dort sagt, daß der Kläger überhaupt nicht Eigenthümer ist. Aber auch die Anerkennung des klägerischen Eigenthums ist, wenn der Klage ein spezieller Entstehungsgrund untergelegt war, nur die

10) Er liegt in den Schlußworten: neque enim amplius, quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Vgl. Wetzell S. 431.

11) Durch Bezugnahme auf die Verhandlung kann freilich dargethan werden, daß dies Resultat faktisch auf der Darlegung eines bestimmten Grundes beruhte.

12) Wetzell, a. a. O. L. 11. §. 5. h. t. am Schluß; omnes causae una petitione comprehensae sunt. L. 14. §. 2. h. t. — Vgl. §. 4. Not. 1. 3.

13) Daß dies, mittelst einer praescriptio, im röm. Prozeß zuläßig war, s. Wetzell, a. a. O. Not. 60. Savigny, Beil. XVII. — Nach dem J. R. A. §. 34 ist dies die gemeine Regel.

14) L. 11. §. 4. h. t.

Anerkennung dieses letztern, schließt also keineswegs aus, daß der Kläger die Eigenthumsfrage von Neuem, auf andere thatsächliche Prämissen[15] hin, zur Kontestation bringen mag.[16] Ebenso muß der Verklagte ungeachtet der für den Kläger günstigen Sentenz darthun können, daß er z. B. einen bessern Eigenthumsgrund, als den dort anerkannten, für sich habe; wenn nicht, wenigstens im modernen Verfahren, derselbe genöthigt wäre, in dem vorangegangenen Prozeß alle seine Gegengründe auch der spezialisirten Vindikation gegenüber bei Meidung der Ausschließung vorzubringen.[17] Durch dieses formale Mittel wird es möglich, daß die Sentenz, welche zwar äußerlich das Eigenthum als umfassendes Resultat, in Wahrheit aber nur auf einen speziellen Titel hin anerkannt, wenigstens unter den Parteien als definitives Judikat die Eigenthumsfrage ordnet.[18] Die weitere Klage ist nicht deßhalb versagt, weil über das Eigenthum umfassend abgeurtheilt worden wäre, denn das ist bei dem Erkenntniß über einen speziellen Erwerbsgrund nicht der Fall, sondern, weil der Verklagte durch jenen Rechtsnachtheil gehindert ist, noch gegen die Eigenthumsanerkennung anzukämpfen.[19]

Man sieht, daß das Erforderniß des Ausdrucks einer speziellen causa in der dinglichen Klage die Sentenz hier in eine

---

15) Das ist das Entscheidende; nicht der andere Rechtsgrund, — s. Seuffert, Bd. 1. Nr. 123, sofern damit etwas Anderes, als das neue zur Erzeugung des Klagerechts dienliche thatsächliche Fundament, gemeint sein soll. — Damit ist der andere Fall, daß dieselbe res alio modo verfolgt werden soll, nicht zu verwechseln. S. §. 9. Not. 76a.

16) L. 11. §. 2. h. t. sagt dies ausdrücklich. Der §. 1. der L. 11. spricht dagegen von dem Fall, daß die Intention, rem meam esse, allgemein (non adjecta causa) in judicium deduzirt wird. Der irrige Glaube des Petenten, daß er diesen oder jenen bestimmten Grund dort geltend machen könne, ist für die Wirkung der Sentenz gleichgültig. Savigny, S. 527 Cf. L. 11. §. 5: mutata opinio petitoris aliam causam non facit.

17) Hierin zeigt sich eine wenig gerechte Parteistellung, welche die Verhandlungs- und Eventualmaxime hervorruft.

18) Vgl. Seuffert, Bd. 10. S. 93.

19) abgesehen von der causa superveniens.

ganz analoge Situation bringt, wie sie die Erkenntnisse, welche nur „wie angebracht" abweisen, einnehmen. Jede Sentenz erkennt, „wie angebracht". Wenn daher nur der beschränkte Stoff einer speziellen causa durch die Klage an- und eingebracht wird, so kann die Sentenz nicht mehr jene Wirkungen haben, die ihr das römische Recht beilegen mußte.[20] Zugleich sieht man, daß Alles auf die logische Interpretation des materiellen Inhalts der Sentenz ankommt, und, daß dieser Inhalt sich einfach darnach bestimmt, was und wieviel an thatsächlichem Stoff der Kognition[21] unterworfen wurde. Wird der ganze Thatbestand des Eigenthums, was nur bei römischer Art der Beweisprüfung möglich ist, dem Richter vorgelegt, so wirkt sein Spruch auch über den ganzen Thatbestand. Wird ihm ein spezieller Thatbestand des Eigenthums vorgelegt, so geht auch die Wirkung der Sentenz nicht weiter.[22] Die Prüfung der Rechtskraftsfolgen darf sich also reinweg auf die gesunde Logik verlassen.[23]

---

20) Wenn die heutige Praxis den Satz, daß die pronuntiatio, rem actoris esse, zugleich ausspreche; rem rei non esse, wiederholt, so kann man dies eben nur auf rein formalen Wegen erklären; während es im röm. Recht aus der Natur der umfassenden definitiven Kognition des Judex nothwendig folgt. L. 15. h. t. — S. Keller, S. 224. — Der älteren Lehre war daher die nur beiläufig von der Glosse zu L. 15. angeregte Frage, an duabus praejudicialibus actionibus propositis super utraque procedatur die Hauptsache an jener Stelle. Bartol. in h. l. Paul. Castr. ib. Besser interpretirt wieder Zasius in h. l.

21) oder, nach unseren Prozeßgrundsätzen besser gesagt, dem Verfahren; denn wir haben nicht immer wahre cognitio, wo sie der röm. Prozeß nothwendig hatte. S. oben §. 2.

22) Denn die Wirkung, welche Not. 17 angedeutet wurde, ist nicht Wirkung der Sentenz.

23) Wie weit man sich davon entfernen und zu künstlichen Distinktionen kommen konnte, mag man an der Lehre von der causa proxima und remota z. B. bei Bald. in L. 3. Cod. de ed. nr. 16 ff. und Cyn. in h. l. nr. 12 sqq. Paul. Castr. in L. 14. §. 2. h. t. ersehen. Die äußere Form des Klaglibells und der äußere Ausdruck der Dezisive sind die Linien, innerhalb deren sich die zahlreichen Unterscheidungen bewegen. S. auch Zasius in h. l. Vgl. dagegen die gesunde Darstellung bei Donell. l. c. p. 1244.

Was von der Eigenthumsklage gilt, gilt denn analog auch von der konfessorischen Klage. Bei der negatorischen stellt sich das Verhältniß umgekehrt; es kommt darauf an, ob der Verklagte das Eigenthum allgemein, oder aus einem speziellen Grund, oder in einer speziellen Richtung verneint hat. Darnach muß der Erfolg der obsieglichen Sentenz beurtheilt werden. Im römischen Recht bethätigt sich auch hier wieder der umfassende Karakter des Prozesses. Unzweifelhaft sprach ein solches Urtheil in der Regel aus, daß dem Verklagten gar kein Recht zustehe, irgendwie das volle Eigenthumsrecht des Klägers zu verneinen. Heut zu Tage dagegen verneint dieselbe regelmäßig nur das speziell von dem Verklagten angesprochene Servitutenrecht auf Grundlage der speziellen dafür vorgebrachten causa des Erwerbs.[24]

Was von der Eigenthumsklage gilt, gilt ferner auch von der hereditatis petitio.[25] Durch eine solche war im römischen Prozeß die ganze Erbschaftsfrage Gegenstand der Kognition; der Kläger brauchte nicht speziell anzugeben, ob er sich auf den Thatbestand eines Intestaterbenverhältnisses, oder eines Testaments stützte.[26] Mithin entscheidet die Sentenz eben so umfassend hier über das Erbrecht, wie dort über das Eigenthum. Die irrige Meinung, welche den Kläger zur beschränkten Deduktion eines speziellen Fundaments veranlaßte, wendete den definitiven Erfolg nicht ab.[27] Wer allgemein die Sache zur Prüfung unterbreitete, hatte auch dafür zu sorgen, daß er in judicio den

---

24) Seuffert, Bd. 1. Nr. 122. Anders, wenn der Negatorienverklagte alle Einwendungen gegen das klägerische Recht bei Meidung der Ausschließung geltend machen muß. Seuffert, Bd. 10. Not. 93. S. oben Not. 17.

25) Savigny, S. 459 ff. Keller, S. 288 ff.

26) L. 30 pr. h. t. Die Gloss. de jure ad h. l. versteht diese Stelle ganz richtig. Bartol. ad. h. l. neigt sich dagegen dem Prinzip der electio zu, indem er annimmt, daß, si egi ab intestato et postea volo ex testamento agere, tunc possum, nisi sciverim, testamentum esse. S. auch Paul. Castr. in h. l.

27) L. 11. pr. h. t. cf. L. 11. §. 5. h. t. S. Not. 12.

vollen Stoff heranbrachte und jede Seite des Verhältnisses berücksichtigte. Die Folgen seiner beschränkten defensio hatte er der eignen Schuld zuzuschreiben.[28] Hier zeigen sich denn für die neuere Theorie, welche die Darlegung eines speziellen Erbrechtsgrundes verlangt, dieselben Wandlungen, wie sie sich bei der rei vindicatio erweisen.[29]

Für persönliche Rechtsansprüche gibt es kein solches umfassendes Judizium, wie bei dinglichen Klagen.[30] Es gibt keine allgemeine Untersuchung der Frage, an reus debeat actori, welche festgestellt hätte, ob der reus aus irgend einem beliebigen Grund überhaupt Etwas schuldig sei. Jeder Schuldanspruch muß sich daher von vornherein auf eine bestimmte verpflichtende Handlung stützen. Folglich enthält die darauf erfolgende Sentenz stets nur die Entscheidung über diese eine causa.

Als solche schließt sie niemals die Geltendmachung einer andern zur Erzeugung einer actio dienlichen causa aus.[31]

Allein auch hier ist die causa nichts Anderes, als die zu Grunde liegende res, der Thatbestand. Dem Kläger ist die möglichste Freiheit gewährt, daraus in jure und in judicio die rechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Er kann seinen Anspruch unter beliebigen rechtlichen Gesichtspunkten aufrecht erhalten, von der ursprünglichen Bezeichnung der Klage abgehen,[32] wenn er nur bei derselben res bleibt.

---

28) was nicht ausschloß, daß ihm noch ex causa succurri potest. L. 11. pr. i. f. cit. Vgl. §. 11. Not. 14.

29) S. Not. 13 ff.

30) Vgl. das über das Objekt, nach L. 30. §. 1. h. t. oben §. 7. Not. 78. Gesagte.

31) S. Keller, S. 285. Savigny, S. 456. Wetzell, S. 431. Not. 55. So kann, nach der Kognition über eine angebliche Stipulation als Grund der Forderung, ein Legat als Grund derselben Forderung geltend gemacht werden u. s. w. — Die Beispiele der Quellen sind übrigens für die persönlichen Klagen minder häufig. Die Einfachheit des Prinzips, wie es in L. 14. §. 2. h. t. ausgesprochen ist, — s. auch Keller, S. 412 — machte dies in der That überflüssig.

32) S. z. B. L. 5. h. t. 44, 2. — Dazu ist bei den dinglichen Klagen nicht leicht Gelegenheit.

Diese res ist es, was in judicio konsumirt wird, der Kläger mag einen rechtlichen Namen für seine Klage gebrauchen, welchen er will.

Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn man die passive Seite des Klagfundaments betrachtet. Bei persönlichen Klagen ist in der Regel[33] die Nachweisung, daß dem Kläger das fragliche Forderungsrecht zusteht, auch der Nachweis, daß der Verklagte schuldet. Weitere passive Erfordernisse gibt es nicht.[34] Folglich entschied die Sentenz allemal, entweder daß der Verklagte schuldig ist, oder daß er nicht schuldig ist;[35] Alles, versteht sich, auf der Basis des in judicium deduzirten faktischen Stoffs. Ebenso entscheidet die absolutorische Sentenz auf die dingliche Klage, daß der Kläger wirklich nicht berechtigt sei. Der Ausspruch, rem oder jus actoris non esse, beweist noch nicht und erkennt zwar noch nicht zu Recht, rem oder jus rei esse, aber doch definitiv, actoris non esse.[36] Davon abgesehen muß die logische Konsequenz eine sehr verschiedene sein, je nachdem der Kläger expressa causa oder allgemein geklagt hat. Im erstern Fall stellt das Erkenntniß nur fest, ex ea re rem actoris non esse, im zweiten dagegen, rem omnino actoris non esse. Es ist mithin, wo die ganze Eigenthums- oder Erbschaftsfrage in judicium gebracht worden ist, ein für allemal dieselbe entschieden.[37] Und dies gilt selbst da, wo dergleichen als sog. Aktivlegitimation nur einen Theil des streitigen Thatbestandes[38] bildet und vielleicht nur ein beschränktes Object verfolgt wird.[39]

---

33) S. jedoch Not. 48.

34) Wetzell, S. 430.

35) Dies ist auch der Sinn des Zeugnisses, welches eine solche Sentenz enthält.

36) L. 15. h. t. S. Not. 20. L. 30. §. 1. verb. „quod si poss.“ eod.

37) Diese Wirkung ist — inter partes — so stark, daß es fast ebenso ist, als wenn dem Verklagten positiv das Eigenthum zugesprochen worden wäre. Im röm. Judizium ergibt sich dies mit Nothwendigkeit, selbst ohne Unterstellung einer von dem Verklagten stillschweigend erhobenen Widerklage. S. §. 2. Not. 30. Vgl. Windscheid, S. 75.

38) S. unten Not. 95 ff.

39) S. §. 7. Not. 41 ff.

Indessen ergibt sich bei dinglichen Klagen noch Veranlassung zu einer weitern Unterscheidung von der passiven Seite des Klagfundaments her.

Erst der Besitz, oder ein Surrogat desselben, bringt den Verklagten in jene Beziehung, welche der persönliche Schuldner durch seinen in der Obligation verkörperten Willen, seine Vertrags- oder Deliktshandlung, einnimmt. Durch den Besitz wird erst der Verklagte Schuldner der rei vindicatio.[40] Aehnlich bei andern petitorischen Realklagen. Indem sonach der Besitz neben dem Erwerb des dinglichen Rechts Voraussetzung der Klage ist, mit zu dem Thatbestand gehört, den der Kläger für sich haben muß, um die von ihm verlangte Rechtskonsequenz ziehen zu können, wird es nothwendig, den Sinn der zurückweisenden Sentenz[41] zu untersuchen. Diese kann entweder abweisen, weil der Kläger sein Eigenthum, oder, weil er den Besitz des Verklagten nicht darzuthun vermochte.[42]

Fand der Judex, daß der Verklagte nicht besitzt, auch nicht als fictus possessor behandelt werden kann, so steht seine lediglich hierauf sich gründende Absolution[43] des Verklagten einer Wiederholung der Klage nicht entgegen.[44] Der Kläger mußte nur darthun, daß jetzt der frühere Mangel gehoben sei.[45] Dieser einfache logische Folgesatz, der eben so natürlich ist, wie der Satz, daß die auf Grund des Nichtbesitzes erfolgte Sentenz

---

40) L. 25. de O. et A. 44, 7.

41) Die dem Kläger günstige muß Eigenthumsrecht und Besitzverhältniß zugleich in Ordnung befunden haben.

42) Wetzell, S. 429.

43) S. Note 86 ff.

44) Um thunlichst zu vermeiden, daß eine solche gleichsam nur angebrachtermaßen abweisende Sentenz stattfinde, diente das Institut der interrogatio in jure. Durch diese konnte schon in jure die Besitzfrage erledigt werden, indem eine confessio veranlaßt wurde. Cf. L. 29. §. 1. de interrog. 11, 1. u. L. 36. pr. de R. V. 6, 1.

45) Ganz analog verhält es sich, wenn eine Klage auf Grund einer noch schwebenden Bedingung des Klaggrundes abgewiesen wird. Der actor kann expleta conditione iterum agere. L. 43. §. 9. de aedil. ed. 22, 1.

noch nicht beweist, daß die klägerische Behauptung des betreffenden Rechts wahr sei, wird für die rei vindicatio,[46] für die hereditatis petitio,[47] für die actio ad exhibendum,[48] also auch für eine persönliche Klage, bei der das Faktum des Besitzes die vertragsmäßige Begründung der verklagtischen Verbindlichkeit ersetzt, bezeugt. Ohne Zweifel gilt dasselbe von andern persönlichen actiones in rem scriptae.

Anders verhält sich dies bei der actio negatoria.[49] Eine Abweisung wegen Nichtbesitzes ist hier undenkbar; eine Abweisung überhaupt nur denkbar, wenn der Kläger sein Recht nicht darthut. Der Besitz des Verklagten ist so wenig nothwendiges Erforderniß des Klagfundaments, daß vielmehr der Kläger Besitzer sein kann.[50] Selbst wenn die negatoria auf Restitution, also gegen den Besitzer geht, so ist dies nur zufälliges Nebenpetitum. Die Hauptbitte begreift nur die Anerkennung des gestörten Rechts. Die Störung aber liegt, wie die Weigerung des Schuldners bei persönlichen Forderungen, schon darin, daß er das Recht des Klägers in dem Prozesse selbst in jure bestreitet und dadurch die Kognition in judicio veranlaßt. Die negatoria erscheint gleichsam als eine Obligationsklage, welche die allgemeine Pflicht, ein bestehendes dingliches Recht anzuer-

---

46) L. 17. h. t. L. 30. §. 1. eod.

47) L. 9. pr. h. t. L. 18. §. 1. de SC. P. 5, 3.

48) L. 18. h. t. L. 8. pr. ratam rem. 46, 8. Die Gloss. bes. zu L. 9. pr. warf sich diesen Stellen gegenüber die schwierige Frage auf, wie es werden sollte, wenn der reus quasi non possidens absolvirt wurde, während er wirklich besaß. Wie sollte er sich nun gegen die (eidlich, de calumnia) zu verneinenden Positionen des auf Grund seines Besitzes erneuerten Prozesses verhalten? S. auch Bartol. in L. 9. §. 6. — Andrerseits war es natürlich, daß man um dieser Stellen willen dem Richter einschärfte, genau den Grund der Absolution (Nichtbesitz oder Nichtrecht) auszudrücken. Denn sonst entstanden die schwierigsten Fragen, für welchen Grund zu präsumiren sei. Bartol. in L. 17. 18. h. t. Brunnem. ad L. 9. h. t. Zas. in L. 9. cit. n. 5 sqq. u. in L. 17. eod.

49) Wetzell, S. 429.

50) §. 2. Inst. de act. 4, 6.

kennen, verfolgt.[51] Jede Zurückweisung ist, wie bei Schuldklagen, eine definitiv wirkende, welche die Erneuerung auf den einmal benutzten Thatbestand hin ausschließt.[52]

Nachdem so untersucht worden ist, welchen Einfluß das Erforderniß des Besitzes auf den wahren Sinn der Sentenz äußert, wird sich hier nicht unpassend die Frage anreihen, welche Folge es hat, wenn der verurtheilte Nichtbesitzer später in Besitz gelangt.

Hat der Vindikant gegen den Nichtbesitzer obgesiegt, so enthält das Urtheil zunächst die Anerkennung seines, wie bei der negatoria, schon durch das gerichtliche Bestreiten von Seiten des Verklagten gestörten, Eigenthumsrechts. Zu dieser Anerkennung wird mit Recht auch der Nichtbesitzer verurtheilt, weil er die allgemeine Pflicht, das Eigenthum anzuerkennen, verweigert hat.[53] Allein die vindicatio hat daneben einen materiellen Zweck, den der Restitution oder der sonstigen Ausgleichung des aus der Rechtsstörung erwachsenen Verlustes des Klägers. Bekanntlich hielt das röm. Recht ursprünglich nur eine pecuniaria condemnatio für zulässig.[54] Die Restitution der Sache selbst

---

51) S. Not. 53.

52) Ich kann nicht unterlassen, auf die Parallele der act. in rem und in personam hinzudeuten, welche sich aus der Betrachtung der causa agendi und der res ergibt. I. Act. in rem. 1. in der Regel unbeschränkte causa agendi, wenn sie nicht durch praescriptio beschränkt wird (s. oben Not. 13.); 2. beschränkte res, wenn nicht ausnahmsweise eine formula incerta gegeben wird (s. §. 7. Not. 62.); II. Act. in pers. 1. beschränkte causa agendi (s. Not. 30.); 2. ausgedehnte res, wenn sie nicht durch conceptio in factum (s. §. 7. Not. 52.) beschränkt wird.

53) L. 25—27. pr. de R. V. 6, 1. Cf. Bartol. ad L. 26. 16. i. f. u. Bald. ib., wonach eine solche Verurtheilung ohne Restitutionsbefehl zugelassen wurde.

54) neben der Rechtsanerkennung. Ueber die Bedeutung dieses Satzes s. Puchta, Bd. 2. S. 228 ff. Gerade für den fictus possessor, welcher mit vollem Recht verurtheilt war, rem actoris esse anzuerkennen, lag in jener Form der Kondemnation ein großer Schutz. Die gegen ihn zu verfolgende litis aestimatio bestimmt sich durch richterliche Kognition und jusjurandum in litem (d. h. einen unter richterlicher Kontrole stehenden Eid). Es kann daher, wenn der Verklagte faktisch Nichts besessen hat, immer noch die litis aestimatio, welche ihm aufgebürdet werden soll, sehr gering ausfallen.

war nur durch ein Arbitrium des Richters zu erlangen, welches keine eigentliche condemnatio ist.[55] Diese beiden Wege waren für den Kläger insofern nur alternativ, als er, wenn er die litis aestimatio wählte, die Restitution der Sache selbst ein für allemal aufgeben mußte.[56] Daß die Forderung der litis aestimatio hiernach für den Kläger große Bedenken haben konnte, z. B. wenn die Zahlfähigkeit des Verklagten zweifelhaft war, liegt auf der Hand. Andererseits erging das arbitrium de restituendo nur in der Voraussetzung, daß der Verklagte reeller Besitzer sei; es wäre sonst ein Widerspruch an sich gewesen, diesen, ohnehin nach der römischen Grundansicht über die pecuniaria condemnatio außergewöhnlichen Weg zu beschreiten.[57]

Wie sollte sich nun der Kläger helfen, welcher vorzog oder vorziehen mußte, nicht auf die litis aestimatio, welche nothwendig einen Verzicht auf sein Recht an der Sache selbst involvirte, einzugehen? Wie sollte er es möglich machen, zu der Sache selbst zu kommen? Da der Verklagte bei dem Versuch, das arbitrium zu vollziehen, sich als Nichtbesitzer erwiesen hatte, so konnte der Kläger nur abwarten, bis jener irgendwie den Besitz erlangte. Und nun? Direkte Exekution kennt das römische Recht nicht. Die actio judicati gegen den nunmehrigen Besitzer war nicht möglich; denn diese knüpfte sich nur an eine pecuniaria condemnatio. Aus dem arbitrium folgte keine actio judicati,[58] sondern nur eine actio arbitraria auf die Aestimation,[59] also

---

55) Wetzell, S. 404 a. E. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 2. §. 77. Not. 17.

56) Er hatte damit sogar sein Eigenthum verloren. L. 46. 47. de R. V. 6, 1.

57) Ohne Zweifel war es auch nicht unwichtig, daß sich nun die materielle Unwahrheit der Voraussetzung, der Verklagte sei Besitzer, herausstellte. — Denn daß der dolo desiens possidere, also derjenige, von dem Richter und Kläger wissen, daß er nicht besitzt, mit der in rem actio verklagt wird, ist erst durch das sog. SC. Juventianum besonders nachgelassen worden. L. 27. §. 3. de R. V. 6, 1. Gegen diesen erging aber auch kein arbitrium de restituendo.

58) Vgl. auch Wetzell, S. 404 a. E.

59) Gai. IV, 162. §. 31. Inst. de act. 4, 6.

auf das Objekt, welches der Kläger eben vermeiden wollte. Eine Wiederholung des Arbitriums war nicht möglich;[60] denn der Judex hatte ja angedroht: ni restituat, quanti ea res est, condemnabo.

Was blieb also dem Kläger übrig? Nichts als die Erneuerung der früheren actio. Diese war aber konsumirt; über den ganzen Thatbestand des klägerischen Rechts und des verklagtischen Besitzes war ja durch das dem Kläger günstige Erkenntniß bereits erkannt worden.[61] Die exc. rei judicatae war daher unvermeidlich. Allein, da in der That dem Kläger jedes andere Mittel, sein anerkanntes Recht so bethätigt zu sehen, daß er zu seiner Sache gelangte, fehlte, half die replica de re secundum se judicata erfolgreich aus.[62]

Das ist der Sinn der viel bestrittenen L. 9. §. 1. h. t. 44, 2.[63] Die nämliche Situation muß bei andern Klagen eintreten, welche Besitz voraussetzen und Restitution bezwecken.[64] Und in der That wird ganz das Nämliche, was von der rei vind. gesagt wurde, bei der actio hypothecaria bestätigt.[65]

---

60) Gai. l. c. Wiederholt wurde das arbitrium nicht einmal, wenn der Verklagte wirklich besaß und die Restitution weigerte. S. L. 68. de R. V. —

61) Und nur darauf, daß semel judicatum est, nicht auf den Inhalt des Urtheils kommt es zunächst an, wie Windscheid, S. 81 ausführt.

62) Dafür sprach auch das Prinzip der L. 16. h. t.; evidenter enim iniquissimum est, proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est.

63) Keller, §. 70. 71. Wetzell, S. 429. Not. 46. Bekker, S. 318. Windscheid, S. 81. Die ältere Lehre war damit leichter fertig. Ratio est, quia cessat causa, propter quam est absolutus. Paul. Castr. in h. l. — Dies ist aber nicht die ratio des römischen Rechts. — Uebrigens nannte schon Bartol. diesen § einen aureis literis scribendum. Besondere Anerkennung verdient Zas. ad L. 9. §. 1. cit. u. ad L. 16. h. t.

64) L. 68. de rei vind. 6, 1.

65) L. 16. §. 5. de pign. 20, 1. Creditor hypothecam sibi per sententiam adjudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur, nam dominium ejus vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest, et, si exc. objicietur a possessore rei judicatae, replicet: si secundum me judicatum non est.

Der Pfandgläubiger, der mit der Pfandklage obsiegt gegen den Nichtbesitzer,[66] hat, wenn dieser[67] zum Besitz gelangt, keine andere Klage, um die Restitution des Pfandes selbst zu erzwingen, als die wiederholte actio hypothecaria mit der Replik si secundum me judicatum non est, welche ihn gegen die exc. rei jud. schützt.[68]

Das Nämliche muß sich denn auch wohl an der her. petitio erweisen. Und wirklich spricht dies die L. 9. pr. h. t. 44, 2 aus.[69] Diese Stelle betrachtet, wie auch der Zusammenhang mit §. 1. lehrt, den Fall, daß die erste her. petitio gegen den non possidens gerichtet wurde. Der Nichtbesitz führt ausweislich des Nachsatzes, indem sich der Verklagte darauf beruft, zur Absolution und diese hindert nicht die Erneuerung der Klage,[70] wenn der Verklagte demnächst irgend Etwas[71] aus der Erbschaft zu besitzen anfängt. Allein trotz des Nichtbesitzes kann es doch zu einer Sentenz, hereditatem actoris esse, kommen, weil der Verklagte liti sese obtulit[72] oder dolo desiit possidere.[73] Hier treten nun ganz die oben bei der rei vindicatio erwähnten Folgen ein. Der Kläger muß, insoweit er nicht zu

---

66) Denn dem Besitzer gegenüber kann nicht gefragt werden, quomodo habiturus sit rem actor, qui vicit.

67) Denn wenn es sich um den Besitz eines andern handelte, würde die Anstellung derselben Klage, da diesem das Judikat gegen den frühern (Nichtbesitzer) nicht schadet, gar nicht fraglich sein. — Der Satz: nam dominium ejus vindicare non potest, drückt aus, warum der actor solange, als der reus Nichtbesitzer ist, warten muß. — Vgl. über diese Stelle bes. Keller, §. 72. Pfeiffer, Archiv Bd. 37. S. 246.

68) wofür sich, wie Keller, §. 70. a. E., mit Recht bemerkt, der allgemeine Satz der L. 16. h. t. 44, 2. anführen läßt.

69) Si a te hereditatem petam, quum nihil possideres, deinde, ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam, an noceat exceptio ista? Et putem, sive fuit judicatum, hereditatem meam esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem.

70) S. oben Not. 43.

71) L. 9 ff. de her. pet. 5, 3.

72) L. 13. §. 13. eod.

73) L. 13. §. 14. eod.

den reellen Erbschaftsbestandtheilen kommen kann, mit der litis aestimatio fürlieb nehmen.[74] Aber kann sich nicht der Petent zu den ersteren selbst verhelfen, wenn er die lit. aestimatio verschmäht, sobald der Verklagte possidere coeperit? Ganz gerade, wie bei der rei vind. ist dies nur durch Wiederholung der her. petitio selbst möglich, der die exc. rei jud. nicht schadet.[75]

Indessen spricht dies Ulpian nur als seine Meinung aus („putem"); und es läßt sich nicht verkennen, daß hier Bedenken entgegenstanden, welche der gleichen Behandlung anderer dinglicher Klagen nicht entgegenstanden. Bei der Natur der her. petitio, welche die umfassendste Tendenz hat, universas res hereditarias an sich zu ziehen,[76] wurde angenommen, daß der wirkliche Besitzer einzelner, ja nur einer einzigen Erbschaftssache Alles, was er später an solchen noch erlangte, dem siegreichen Petenten in Folge des einmaligen Urtheils restituiren mußte.[77] Hiernach hätte es nicht fern gelegen, wenn man auch mit derjenigen Sentenz über die her. petitio, welche, obwohl das Recht anerkennend, zunächst noch gar kein reelles Objekt vorfand, doch die Folge verbunden hätte, den Verklagten zur Restitution aller später pro possessore erlangten Gegenstände anzuhalten. Allein mit strengerer Konsequenz erblickte Ulpian

---

74) Vgl. auch L. 45. ibid.

75) L. 9. pr. h. t. 44, 2. Der zweite Satz des §. 1. scheint sich füglich auf das pr. h. l. mitzubeziehen.

76) L. 18. §. 2. L. 79. de her. pet. 5, 3. L. 7. §. 5. h. t. 44, 2.

77) L. 41, 4. eod. — Dies ist begreiflich, da es sich in diesem Verhältniß nur um untitulirten Besitz handelt. Denn, wenn der possessor eine Sache auf bestimmten Titel hin in Besitz bekommen hat, ist nicht nur die Vollziehung der her. pet. unmöglich; es muß vielmehr eine spezielle dingliche oder persönliche Klage gegen ihn erhoben werden, zu der es dann freilich des besondern Nachweises der Aktivlegitimation nicht mehr bedarf. L. 11. —13. eod. L. 4. Cod. in quibus caus. 7, 34. Die erfolgreiche her. petit. schließt so wenig die Vindikation des heres wegen einer einzelnen Sache aus, wie die act. fam. herc. die spätere act. com. divid. L. 20. fam. herc. 10, 2. Denn beide haben einen wesentlich verschiedenen Thatbestand.

in der Sentenz, bei welcher der vorausgesetzte Besitz des Verklagten nicht vorhanden war, nur eine Rechtsanerkennung. Es war nun so, als ob der Petent, indem er den Ausspruch über sein Recht erlangte, nur negatorisch geklagt hätte.[78] Nur dieser Theil der Petitio war verbraucht, der aktive auf die Restitution abzielende Theil blieb erhalten; freilich nur auf dem künstlichen Umweg einer replica,[79] da der Thatbestand nach den unumstößlichen Regeln des Rechts konsumirt war.

So vereinigen sich diese verschiedenen Stellen unter einander und erscheinen als Folgesätze derselben Ursache. Sie stehen dabei, und darauf ist das meiste Gewicht zu legen, nicht im Mindesten mit dem System der Rechtskraftswirkungen, oder der hier verfolgten Theorie der natürlichen Logik im Widerspruch. Die Prüfung der nach allen Richtungen hin versuchten anderweitigen Erklärungen von der Glosse an muß ich mir hier ersparen.[80]

Daß in allen diesen Fällen einer gegen die exc. rei judicatae gegebenen Replik die materielle Wahrheit aufrecht erhalten wird, daß diese Rechtswirkung mit dem, was die Sentenz beweist, übereinstimmt, liegt auf der Hand. Da das römische Recht eine ficta possessio, ein Surrogat des wahrhaftigen Besitzes zuläßt, so beweist die verurtheilende Sentenz über eine rei vind. oder her. pet. stets zunächst nur, daß der Kläger das fragliche Recht hat; noch nicht, daß der Verklagte wirklich besitzt. Mithin hatte auch das Urtheil zunächst nur die erwähnte Folge der Rechtsanerkennung, während der Besitz und seine Folge vorbehalten blieb.

Dies Alles wirft kein unerhebliches Licht auf das Wesen dieser Klagen. In der That verfolgen die rei vind. und die

---

78) Not. 49 ff.

79) S. oben Not. 62.

80) Ueber ältere Meinungen s. Keller, §. 70 ff. und Ribbentrop in der von Keller zitirten Dissertation. — Es bedarf keiner Ausführung, daß die hier unternommene Herleitung sich am meisten der Ribbentrop'schen Ansicht nähert, ohne jedoch erheblicher Abweichungen zu entbehren.

her. pet. beide wesentlich das jus, die Schuldigkeit, das in der Person des Klägers bestehende Recht anzuerkennen; daneben den durch die Verweigerung oder Mißachtung dieser Pflicht verursachten Schaden in der Gestalt der litis aestimatio. Danach hat auch die rei vindicatio in ihrem wesentlichen Inhalt denselben Karakter, wie die negatoria,[81] und ist folgeweise von den Obligationsklagen nicht so weit verschieden, als man häufig denkt.

Spezifisch in rem geht die rei vind.[82] eigentlich nur gegen den wahren Besitzer, als defensor rei. Gegen den Nichtbesitzer ist sie die Schuldklage auf Anerkennung des Rechts und die durch sein widerrechtliches Benehmen[83] erwachsene, man könnte sagen, Quasideliktsschuld der litis aestimatio. In dieser Hinsicht wird es nun gerade wichtig, daß das römische Recht in ausgedehntem Maaße gegen den fictus possessor die rei vind. gestattet, also gegen den, qui dolo desiit possidere,[84] und gegen den, qui liti sese obtulit.[85]

Indem dies geschah, wurde eben, wie schon oben angedeutet, der reelle Besitz zu einem selbstständigen Element, welches nicht mehr zur nothwendigen Begründung der Klage gehört, sondern nur die Vorbedingung des arbitrium de restituendo enthält. Daraus folgt, daß die Sentenz, welche das Eigenthum anerkennt, also in der Hauptrichtung den Verklagten kondemnirt, weder beweist, daß dieser wirklicher Besitzer ist, noch ihn ohne Weiteres zur Restitution verurtheilt.

Diese Selbstständigkeit der Besitzfrage bedingt denn umgekehrt, daß, wovon wir ausgingen, die Sentenz, welche nur sie,

---

81) S. oben Not. 51.

82) Die her. pet. kann ich bei Seite lassen, da hier die Richtung auf Rechtsanerkennung, als eigentlichen Zweck, viel entschiedener ist.

83) Sei es, daß er sich eine Servitut anmaßte, oder einfach bestreitet, rem actoris esse.

84) L. 27. §. 3. L. 36. pr. de R. V. 6, 1. L. 181. 157. §. 1. de R. J. 50, 17.

85) L. 25. 26. 27. pr. de R. V. 6, 1.

nicht aber das Eigenthumsrecht entscheidet, die erneuerte Geltendmachung des letzteren vorbehält.[86]

Nach den Grundsätzen über die Behandlung des thatsächlichen Stoffs in judicio, wie sie sich bezüglich des Verhältnisses der Exzeptionen zum Klaggrund ergaben,[87] liegt freilich die Annahme nahe, daß die Abweisung der rei vind. wegen Nichtbesitzes nicht erfolgen konnte, ohne daß damit das Eigenthum des Klägers incidenter anerkannt worden sei. Allein von vornherein ist die Lage der Sache eine andere. Der Besitz gehört mit zu dem der dinglichen Klage nothwendigen Thatbestand.[88] Es ist daher von vorn herein keine logische Nothwendigkeit, erst den einen Theil desselben, das Eigenthumsrecht, zu prüfen, und dann den Besitz; während es allerdings logisch nothwendig ist, erst zu wissen, ob das klägerische Recht besteht, ehe davon die Rede sein kann, ob es durch ein Gegenrecht ausgeschlossen wird.

Die Abweisung der Klage wegen Nichtbesitzes war nur denkbar, wenn der Verklagte den Besitz bestritten hatte. Denn, gab er ihn zu, obgleich er ihn nicht hatte, so galt er als fictus possessor, qui liti se obtulit, und wurde kondemnirt.[89] Allein der Verklagte mußte zugleich auch das Eigenthum bestritten haben. Denn wenn er dieses in jure eingeräumt und nur den Besitz bestritten hatte, so war kein Grund mehr, die rei vind., welche wesentlich Anerkennung des Eigenthums verlangte, in judicium zu deduziren. Hier genügten nun dem Kläger andere Rechtsmittel.[90]

Bestritt aber der Verklagte beides, Eigenthum und Besitz, so gestattete das Recht eine Judizialverhandlung, welche zunächst nur über den Besitz entschied.[91] Der Besitz erschien also gleich-

86) S. Not. 44.

87) S. §. 2. Not. 23.

88) Not. 40.

89) Not. 85.

90) gewisse Interdikte. Puchta, Bd. 2. §. 173. Not. l.

91) L. 80. de R. V. 6, 1; mit der Folge, daß der des Besitzes überwiesene Verklagte zur Strafe seines unwahren Leugnens restituiren muß, selbst wenn der Kläger sein Eigenthum nicht darthun kann.

sam als ein Präjudizialpunkt. Daraus folgte aber, daß die Entscheidung des Judex, welcher über die beiden bestrittenen Dinge, Eigenthum und Besitz, zu urtheilen hatte, einen sehr verschiedenen Sinn haben konnte. Sie konnte absolvirend möglicherweise nur über den Besitz urtheilen, die Eigenthumsfrage ganz unberührt lassen;[92] sie konnte zwar das Eigenthum als erwiesen anerkennen, dagegen den Besitz verneinen;[93] sie konnte zwar das Eigenthum nicht dargethan finden, aber den Besitz für bewiesen erklären und lediglich deshalb die Restitution anordnen.[94]

Zu dem Klagfundament gehört neben den bisher besprochenen Elementen auch die sog. Legitimation zur Sache.[95] Der Kläger muß, wo nicht schon der Entstehungsgrund des Rechts von Haus aus auf ihn selbst als zur actio Berechtigten hinweist, darthun, wie er zu dieser jetzt angesprochenen Berechtigung gekommen ist. Die Verbindung des objektiven Rechts und seiner Person, seine subjektive Berechtigung, gehört mit zu dem Thatbestand seines Klagerechts.

Diese Vermittlung kann in mannigfacher Weise vorkommen; am häufigsten durch Erbverhältniß. Es wird genügen, wenn wir daran die Lehre der res judicata prüfen. Wenn Jemand eine einzelne Sache oder Schuld als Erbe des ursprünglich Berechtigten verfolgt, so muß er seine Erbenqualität gerade so begründen, wie wenn er die umfassendste her. petitio anstellt. Nichts ist natürlicher, als daß, wenn dies geschehen ist und der Richter erkannt hat, er sei Erbe geworden, dies auch in anderen Sachen gilt, wo dieselbe Frage (eadem quaestio) auftaucht.

---

92) wie L. 17. h. t. 44, 2. voraussetzt.

93) wie in L. 9 pr. h. t. bezüglich der her. pet. anerkannt wird.

94) nach L. 80. cit. — Vgl. über diese Fragen überh. Keller, §. 36. — Aus dieser Darstellung ergibt sich auch, warum zur Aufklärung des Besitzes die interr. in jure, welche sonst zur Feststellung der Passivlegitimation angewendet wird, keine Anwendung erleidet. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 2. §. 83. Note 12.

95) Savigny, §. 298.

Die erstere Sentenz bezeugt und anerkennt die Erbenqualität. So gut, wie nicht bezweifelt werden kann, daß der siegreiche Kläger der her. pet. bei der nachfolgenden Vindikation einer einzelnen Sache nicht noch einmal darzulegen braucht,[96] daß er Erbe geworden, ebenso umgekehrt, wenn der siegreiche Erbe-Vindikant nachher das universum jus verfolgt. Gleicherweise wirkt das negative Resultat, der Ausspruch, daß er nicht Erbe geworden sei, in der anderen Sache.[97]

In beiden Sachen handelt es sich um denselben Thatbestand, nämlich um den, aus welchem geschlossen werden soll, daß der Kläger Erbe ist. Diese Folgerung ist eine höchst natürliche unter der Voraussetzung, daß das Judizium und die Sentenz die materielle Wahrheit feststellt. Daß die Untersuchung, ob der Kläger Erbe geworden, bei dieser oder jener Gelegenheit vorgenommen wurde, war einerlei, wenn nur mit Recht das Ergebniß als materielle Wahrheit betrachtet werden konnte.

Gleichwohl ließ sich nicht verkennen, daß darin eine Gefahr lag. Wer bürgte dafür, daß der Richter, der nur über eine geringe Forderung des Erben urtheilte, bei der Geringfügigkeit des nächsten Objektes es mit der Prüfung der bestrittenen Erbverhältnisse so genau nehmen werde? Konnte nicht auch der Verklagte, um die Weitläufigkeiten der Untersuchung dieses Punktes zu vermeiden, lieber die Erbenqualität für diesmal einräumen, obwohl er von deren Wahrheit nicht überzeugt war? Und dennoch sollten hier die wichtigen präjudiziellen Wirkungen der Sentenz eintreten?

Dagegen gewährte, im vollen Interesse der materiellen

---

96) wenn der Erbe nach Durchsetzung der her. pet. in die Lage käme, von demselben Gegner eine einzelne Erbschaftssache zu vindiziren. Vgl. oben Not. 76.

97) Das sagt L. 3. L. 7. §. 4. 5. h. t. ganz allgemein. Die Verschiedenheit des Objekts, die Seite, von welcher aus Ulpian in L. 7. die Sache untersucht, schadet Nichts. S. oben §. 7. bes. Not. 20. Vgl. über diese Frage Bekker, S. 233. Windscheid, S. 91 ff.

Wahrheit, die exc. praejudicii Schutz. Wo die Erbenqualität gleichsam nur als Vorbedingung,[98] oder als Legitimation figurirte, konnte der Verklagte verlangen, daß erst ex professo über diesen Punkt verhandelt und entschieden werde.[99] Macht der Verklagte, obwohl er weiß, daß die Gefahr des Präjudizes droht, davon keinen Gebrauch, so läßt sich annehmen, daß er keinen Grund hat, ein unwahres Resultat des Streites, in welchem die Frage nur incidenter verhandelt wird, zu fürchten. Die Folge war nun gerechtfertigt.

Umgekehrt muß aber auch die Zurückweisung der Singularklage, da die Kognition den ganzen Thatbestand und folglich auch den des sog. Präjudizialpunktes konsumirt, die Folge haben, daß der Kläger überhaupt nicht wieder sein Erbverhältniß geltend machen konnte.[100] Dies folgt theils aus dem eben Gesagten, theils aus dem über den ganzen Karakter des Judizium Bemerkten[101] mit innerer Nothwendigkeit[102] und kann nicht exorbitant erscheinen, wenn man sieht, daß jede Zurückweisung auf Grund einer dilatorischen Einrede den ganzen Thatbestand, die Kognition über einen Theil der Forderung das ganze Forderungsver-

---

98) wie Savigny, S. 434 a. E. es nennt.

99) L. 13. de exc. 44, 1. L. 1. §. 1. fam. herc. 10, 2. — Wetzell, S. 433. — Ueber die älteren Erklärungen der ersteren Stelle s. Zas. in h. l. — Daß früher die exc. praej. formell als eine praescriptio rei behandelt worden war, s. Gai. IV, 130.

100) Eine lehrreiche Stelle ist auch L. 18. de interr. in jur. 11, 1. Der Verklagte hat auf die interrogatio eingestanden, se solum heredem esse, obgleich dies nicht wahr war, und das judicium solchergestalt übernommen. Um nun den wahren Miterben zu verklagen, muß erst das prius judicium rescindirt werden; nicht etwa die confessio oder responsio blos. Die eingestandene Erbenqualität war untrennbarer Bestandtheil des judicium, d. i. der Thatfrage.

101) S. oben §. 2.

102) Dem actor kann hier nicht einmal eine praescriptio gegeben gewesen sein, um diese Folge abzuwenden. Denn die Erbenqualität war nothwendig, wenn er irgend einen Erbschaftsgegenstand verfolgte. Mithin konnte nur der seiner Eigenschaft sichere Erbe die Klage riskiren; eine Rücksicht, die dem Geist des röm. Rechts vollkommen entspricht.

hältniß absorbirt.[103] Dies wird denn auch nicht nur nicht durch die Quellen widersprochen, sondern vielmehr bestätigt.[104]

Vollends bestätigt wird aber diese Ansicht durch mehrere Stellen, von denen schon Savigny (S. 437) nachgewiesen hat, daß sie nicht dagegen streiten.

Wenn es sich um einen Anspruch auf Alimente handelt, welcher auf der Verwandtschaft beruht, so soll diese letztere nur „summatim" behandelt werden. Die ausführliche Untersuchung derselben soll offenbar die schnelle und vorläufige Befriedigung des Lebensunterhaltes nicht aufschieben.[105] Allein hier wird auch ausdrücklich hervorgehoben, daß diese summarische Prüfung nichts Definitives feststellt. Die Sentenz pronuntiirt nicht als Ergebniß wirklicher Wahrheitsprüfung, filium esse; sondern gibt nur einen Bescheid dahin, ali debere. Ganz ähnlich verhält es sich mit der summarischen Eigenthumsprüfung, welche aus Anlaß der Entscheidung über eine pignoris capio vorkommen kann.[106]

---

103) Das ist die von Savigny, §. 298 aufgestellte Ansicht, welche von Andern bestritten wird. Wetzell, S. 438 hält ohne Weiteres das Gegentheil für klar. Nach den heutigen Prozeßansichten scheint eine solche Konsequenz freilich unerträglich.

104) Die L. 7. §. 5. h. t. spricht geradezu aus, daß wegen der Abweisung der petitio a debitore hereditario die folgende her. petitio abgewiesen wird; cf. §. 4. eod. Warum? §. 4 sagt, weil eadem quaestio vorliegt, nemlich die, ob der Kläger Erbe ist. In §. 5 fügt Ulpian noch einen Grund hinzu, der nur darin besteht, daß in beiden Fällen hereditas petita, i. e. die quaestio hereditatis in judicio ist. — Damit vergleiche man nun L. 21. de exc. 44, 1., wonach eadem quaestio die vel tota, vel ex aliqua parte communis ist. Dies trifft hier für die Erbenqualität zu. Diese ist communis, indem sie einmal das Hauptfundament, einmal einen Theil des Fundaments bildet. Mithin stehen beide judicia im Präjudizialverhältniß, L. 7. §. 4. h. t., so gut, wie jeder röm. Jurist nach dem soeben Gesagten aus der obsieglichen Sentenz über eine Singularklage des Erben logisch ein Zeugniß entnehmen muß, daß dieser wirklich Erbe ist. — Den letzteren Einfluß räumt auch Wetzell, S. 439 Not. 95 ein, indem er die Sentenz in dieser Beziehung moralisches oder logisches Argument sein läßt. Darin ist die ganze Beweiswirkung nach röm. Theorie begriffen. Vgl. unten §. 14. Not. 20 ff.

105) L. 5. §. 8. 9. de agnosc. lib. 25, 3; ähnlich L. 5. §. 18. ib. L. 10. de his qui sui. 1, 6.

106) L. 15. §. 4. de re jud. 42, 1.

Gerade aus diesen Stellen geht per argumentum a contrario hervor, daß in allen Fällen, wo nicht ausnahmsweise nur obenhin die sog. Legitimationsfrage untersucht wird, ihre Entscheidung als definitive Feststellung dieser quaestio gelten muß.[107] Andere mitunter hieher bezogene Stellen entscheiden lediglich und allein die Frage der Kompetenz, ohne irgend über die Wirkung der Sentenz bezüglich des durch Attraktion der Kompetenz unterworfenen Präjudizialpunktes etwas Abweichendes zu verfügen.[108]

Die präjudizielle Eigenschaft der Entscheidung macht sich dann noch in vielen andern Verhältnissen geltend;[109] nicht blos da, wo die Legitimation zur Sache in Frage kommt, sondern überall da, wo zum Behufe des nächstvorliegenden Zweckes ein Thatbestand beurtheilt werden mußte, welcher auch noch in anderen Beziehungen zur Begründung von Rechten benutzt wird.

So kann denn auch noch anderswo, als bei der Aktivlegitimation durch Erbschaft die exc. praejudicii eine Rolle spielen.[110]

Daß die spätere Lehre bei ihrer Unkenntniß des römischen Prozesses mit ihren scholastischen Distinktionen nur in eine Fülle von Schwierigkeiten gerieth, versteht sich von selbst.[111]

---

107) Daher erklärt sich auch die große Bedeutung der praejudicia in diesem Sinn, Puchta-Rudorff, Bd. 2. S. 174. Not. a; sowie die L. 54 de judic. 5, 1, welche deshalb anordnet, daß, wenn zwei Sachen gleichzeitig anhängig sind, die major minorem ad se trahit.

108) L. 1. Cod. de ord. cogn. 3, 8. L. 3. Cod. de jud. 3, 1. Savigny, S. 441 ff. — Windscheid, S. 89.

109) Beispiele s. bei Wetzell, a. a. O., bes. Not. 92. 94. Savigny, S. 434. Die L. 11. §. 3. h. t. und L. 25. §. 8. fam. herc. 10, 2 (Keller, S. 364 ff.) beruhen auf einer andern logischen Folgerung; nemlich aus der im ersten Urtheil festgestellten Thatsache, daß das Objekt nicht zur Erbschaft gehört. Dies ist auch der Sinn der L. 11. §. 3. cit. (verb. „nam etsi eandem partem"). S. darüber unten §. 14. Not. 28.

110) S. z. B. L. 16. 18. de exc. 44, 1. — Ueber die Natur des praejudicium als Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses s. Windscheid, die actio, S. 17 ff.

111) Die Glosse bewährt auch hier, z. B. in L. 16. 17. de exc.; in

Statt des Ausdrucks „Präjudizialpunkte" braucht man häufig lieber den Namen „Inzidentpunkte". Dieser Begriff führt zu der Betrachtung, daß nicht blos der Gegenstand des Rechtsstreites, sondern dessen Thatbestand, die res, theilbar oder untheilbar sein kann. Wo der letztere ganz und gar in einer einzigen, untrennbaren Thatsache liegt, ist natürlich nur über diese geurtheilt worden. Daraus folgt zu allernächst, daß nicht dieselbe Thatsache nochmals in Streit gezogen werden kann, wo sie ganz in derselben Weise, also wieder als einzige res, einen Rechtsanspruch begründen soll. Es folgt aber auch weiter, daß sie da entschieden ist, wo sie, zwar nicht allein, wohl aber als Theil eines rechtlichen Fundaments[112] anderweit benutzt werden soll. Es folgt ferner, daß wenn ein Gesammtthatbestand entschieden wurde, welcher sich aus mehreren Elementen zusammensetzte, jedes einzelne entschieden worden ist, mithin die Sentenz überall entgegensteht, wo ein solches später, sei es als selbstständiges Fundament oder wieder als Theil eines umfassenderen Thatbestandes geltend gemacht wird. Es ist hier immer Sache der Logik, zu beurtheilen, in welchem Verhältniß der Theil des Thatbestandes zu dem Ganzen steht, und bezw. ob das, was als Theil erscheint, an und für sich wirklich abgeurtheilt und folglich kon-

---

L. 7. de exc. rei jud. gesundern Sinn. Schon Bartol. in L. 17. de exc. erklärt aber dies Verhältniß der Präjudizialpunkte für eine materia valde singularis, et facit magnum honorem advocatis intelligentibus eam. Seine Darstellung wird nicht vielen zu diesem Ruhm verholfen haben. Vgl. auch Bartol. in L. 7. 11. cit.; in L. 126. §. 6. V. O. Bald. u. Alex. Tart. in L. 2. Cod. de judic. 3, 1. über die causa generalis und specialis. Bartol. in L. 1. Cod. de ord. jud. 3, 8. unterscheidet, ob de quaestione incidente plane, oder summarie entschieden wurde, und statuirt nur im ersteren Fall res judicata; daran schloß sich die schwierige Erörterung, quatenus judex incidenter cognoscere possit. Cyn. ad h. l. Cynus hält Alles, quidquid pronuntiatum est, für res judicata; in L. 1. Cod 3, 8. Der Streit darüber datirte schon seit Bulgarus und Azo. Vgl. auch Brunnem. ad L. 5. de exc. r. jud. 44, 2. Mev. III. dec. 308. Daher genaue Instruktionen für den Richter, wie er super incidentia zu erkennen habe. Brunnem. ad L. 9. eod.

112) oder als „Voraussetzung". Windscheid, S. 194.

sumirt worden ist.[113] Was einmal bezüglich einer bestimmten res als wahr erkannt ist, gilt überall, wo aus derselben res rechtliche Konsequenzen gezogen werden.

Das ist der römische Grundsatz, welcher die definitive Wirkung der Sentenz auch in Inzidentpunkten nicht scheut und nicht zu scheuen braucht. Denn, wo materielle Wahrheit herrscht, wird Niemand zweifeln, daß die Sentenz die Wahrheit derjenigen Momente beweist, welche sie als Bestandtheile oder Mittelglieder dessen, was sie als Gesammtwahrheitsergebniß ausspricht, nach logischer Nothwendigkeit brauchte.

Wir begegnen hier mit einem Wort der, logisch vollkommen richtigen, Analogie dessen, was oben über die Theilbarkeit des Objekts und das Verhältniß seiner Theile zum Ganzen gesagt wurde.[114] Der Thatbestand eines jeden Rechtsstreits kann, wie das Objekt, möglicherweise ein untheilbarer, er kann aber auch ein logisch und juristisch theilbarer sein. Wie dort die Erwägung auftritt, ob der Theil als selbstständiges Objekt erscheint, so macht sich hier die Erwägung geltend, ob der Theil oder der einzelne Punkt als ein selbstständiger Thatbestand zu betrachten ist. Wie dort das Objekt des zweiten Prozesses bald umfassender, bald beschränkter sein kann, so mag hier der Thatbestand des zweiten Prozesses bald ein umfassenderer, in welchem der des ersten Prozesses nur als ein einzelner Bestandtheil benutzt wird, bald ein beschränkterer, in welchem nur ein Theil des früheren Thatbestandes Verwerthung findet, sein.

Es bedarf, um sich in diesen der herrschenden Lehre so unsägliche Schwierigkeiten bereitenden Fragen zurecht zu setzen,

---

113) So z. B. ist es gewiß richtig, daß, wenn gelegentlich eines aus einem Vertrag hergeleiteten bestimmten Anspruchs die Ungültigkeit desselben festgestellt wurde, der Vertrag ein für allemal (inter partes) ungültig ist. Seuffert, Bd. 4. Nr. 160. Wenn dagegen angenommen wird, daß die Abweisung wegen mangelnder Legitimation zur Sache nur, „wie angebracht", abweise, so ist dies nach röm. Grundsätzen falsch, im Verhandlungsprozeß aber unvermeidlich. Seuffert, Bd. 9. Nr. 86.

114) §. 7. Not. 42 ff.

weiter gar Nichts, als der einfachen gesunden Logik, die freilich nur möglich ist, — wenn man logische, und nicht juridische, Wahrheit will.

§. 9.

d. Verhältniß verschiedener Klagen.

In dem Vorhergehenden ist, wie ich glaube, zur Genüge gezeigt worden, daß die eadem causa petendi, d. h. die rechtliche Gestaltung des Klaggrundes, in derselben Beziehung zu der Wirkung der Sentenz steht, wie der Gegenstand. Sie ist ein Anhaltspunkt, und zwar der wesentlichste, für die logische Vergleichung des früheren und des zweiten Rechtsfalls. Gerade, wie wenn man ermitteln wollte, was durch die Sentenz als Wahrheit dokumentirt werde, muß man durch die Betrachtung der causa petendi, des Zwecks und der Grundlage des früheren Judiziums, zu der Erkenntniß, ob eadem quaestio oder res [1] sei, vordringen. Die eadem quaestio ist die Grundlage der Judikatswirkung. [2] Daß dieser Begriff identisch ist mit dem der Gleichheit des Thatbestandes (eadem res [3]), hat sich bisher bewährt.

Dieser Identität gegenüber bleibt die rechtliche Konsequenz, welche der actor daraus formt und als actio geltend macht, gleichgültig. Die Verschiedenheit der rechtlichen Gestaltung und Benennung des thatsächlichen Stoffs, die juristische Verschiedenheit der actio, ist für die Theorie der Rechtskraft eben so gleichgültig, [4] wie für die natürliche Beweiswirkung. Davon lieferte die bisherige Darstellung bereits einige Beispiele.

---

1) Vgl. über die Auffassungen dieser Ausdrücke auch Seuffert, Bd. 8. N. 237; richtig, Bd. 10. Nr. 293. 294. Bekker, proz. Cons. §. 6. S. 329. Windscheid, die act. S. 76 ff.

2) L. 3. L. 7. §. 4. L. 22. h. t. 44, 2. — Ueber die Ansichten des Mittelalters s. Zas. in L. 3. h. t. pr.

3) L. 5. L. 14. 27. eod. L. 28. §. 4. de jurej. 12, 2.

4) L. 5. L. 7. §. 4. h. t.

Die Probe, welche die Judikatslehre an der Vergleichung des Verhältnisses verschiedener Klagen besteht, ist jedoch zu nützlich, als daß sie nicht noch an einer Reihe von Beispielen verfolgt werden sollte.[5]

Dabei müssen die Fälle, in welchen von zwei gegebenen Klagen die zweite nicht eigentlich durch die Sentenz über die erstere, sondern schon durch die actio, das ist, durch das Wahlrecht des Klägers, ausgeschlossen wird, ausgeschieden werden.[6] Für das Wahlrecht, ist wesentlich die Identität des Zweckes entscheidend, womit freilich in der Regel, aber doch nicht immer nothwendig und vollständig, die Identität des Thatbestandes zusammentrifft.[7]

Nach L. 1. §. 21 de tutelae 27, 3 zerstört die actio tutelae die actio rationibus distrahendis, und umgekehrt, weil sie ex una obligatione, nemlich auf derjenigen Verpflichtung beruhen, welche aus dem Thatbestand der Bestellung zum Vormund und dessen Amtsführung hervorgeht.[8] Die actio tutelae umfaßt Alles, was der Tutor aus der Tutel schuldig ist, Rech-

---

5) Eine vollständige Zusammenstellung des in den Quellen enthaltenen, reichen Materials wird Niemand erwarten oder auch nur für nöthig halten. Keinenfalls ist es nöthig, noch Beispiele, wie den von Savigny, S. 424 an die Spitze gestellten, unzweifelhaft richtig entschiedenen Fall, selbst zu bilden. Das Prinzip ergibt sich klar an den quellenmäßig bezeugten Konsequenzen. — Vgl. Bekker, §. 256.

6) Dahin gehört L. 18. §. 1. commod. 13, 6. L. 34. pr. §. 1. u. 2. de O. et A. 44, 7. Die actio ist es, quae perimit. Cf. Gloss. ad L. 34. §. 1. u. 2. cit. Cujac. ad h. l. u. L. 53. eod. — S. oben §. 7. Not. 79. 85.

7) Er trifft zusammen z. B. in dem Fall der L. 38. §. 1. pro socio 17, 2. Der gemeinsame Thatbestand ist: Verwendungen auf eine res ex societate communis. Wenn also nicht schon die Anstellung der actio, so würde doch die Sentenz auf die act. com. div., welche deren Ersatz bezweckte, die act. pro socio unmöglich machen. — Auch L. 43. eod. fußt auf dem Wahlrecht, spricht daneben aber aus, daß natürlich die act. pro socio, insofern sie andere Objekte, als die act. com. div. betroffen hat, oder betreffen kann, zum Gegenstand hat, letztere nicht ausschließt. Cf. Bald. in h. l. habent se ut excedentia et excessa.

8) Windscheid, S. 78.

nungsablage und Ersatz;[9] die act. rat. distr. trifft nur den Vormund, welcher rem pupilli abstulit,[10] auf das Doppelte des Werthes. Nur soweit Grundlage und Zweck derselbe, also nicht wegen anderer Benachtheiligungen durch die fragliche ablatio rei, wird durch sie der act. tutelae präjudizirt.[11] Soweit beide auf demselben Thatbestand, Tutel und Benachtheiligung des Mündels, mag man diese letztere nun dahin bezeichnen, quod tutor rem abstulerit, oder, quod dolo sive culpa fecerit, schließt die Kognition über die eine, ungeachtet des verschiedenen Zweckes und der verschiedenen rechtlichen Natur,[12] die erneuerte Prüfung aus. Dagegen besteht neben der act. rat. distr., obgleich auf dasselbe Objekt abzielend, die act. furti selbstständig, weil sie auf einem andern Thatbestand,[13] nemlich nicht auf der Bestellung als Tutor und der ablatio, sondern auf der contrectatio[14] basirt.[15] —

Die actio redhibitoria und quanti minoris wegen des nemlichen Fehlers der erkauften Sache konsumiren einander;[16] wegen verschiedener Fehler kann eine nach der andern angestellt

---

9) L. 1. pr. eod.

10) L. 2. pr. eod.

11) cf. verba „quoad speciem istam“ in L. 1. §. 21. cit.

12) Denn die act. rat. distr. ist poenalis; L. 1. §. 23. eod., die andere nicht. — Jac. de Raven erklärte die L. 1. §. 21. cit. ex una qualitate facti; Rofred. wollte den Gegenstand berücksichtigen; Dyn. leitete Alles ex qualitate (ex intercessione dolosa, oder non dolosa) her u. s. w. S. Bartol. ad h. l. Bald. fängt zwar an: quando ex uno facto, setzt aber hinzu et una qualitate oriuntur duo formae etc., und geräth doch wieder in verwickelte Distinktionen.

13) L. 2. §. 1. eod.

14) L. 1. §. 3. furt. 47, 2. Gai. III. 195.

15) Vgl. L. 1. §. 22. de tut. 27, 3, welche den Hauptgrundsatz der Konsumtion direkt ausspricht. Non enim sunt plures actiones ejusdem facti, sed plures obligationes (d. i. obligirende Thatumstände); nam et tutelae, et furti obligatur. Cf. L. 11. §. 21. ibid.

16) L. 25. §. 1. h. t. 44, 2. Savigny, S. 425. Not. c. Wetzell, S. 433. Not. 69. Windscheid, S. 77.

werden;[17] denn, indem das Vorhandensein eines Kaufgeschäfts vorausgesetzt wird,[18] bildet die Existenz des Fehlers den eigentlichen Thatbestand, aus dem die legale Obligation des redhibere oder pretium minuere hervorgeht. Mithin sind verschiedene Fehler diversae res.[19]

Die Sentenz auf die Besitzklage präjudizirt der Eigenthumsklage nicht;[20] ebenso wenig umgekehrt.[21] Die Verschiedenheit des thatsächlichen Fundaments bringt dies als Regel mit sich.[22] Darin liegt der wahre Grund, nicht in der Verschiedenheit des verfolgten jus, welches erst eine Folge davon ist. Namentlich ist es gleichgültig, daß Besitz und Eigenthum im Verhältniß des minus und majus zu einander zu stehen scheinen.

Dolus und culpa sind Begriffe, welche sich in gewissem Sinn gegenseitig umfassen.[23] Sie sind überhaupt nur Rechtsbegriffe, oder Qualifikationen des eigentlichen Thatbestandes. Wenn aus einer gewissen Handlung auf Schadensersatz geklagt wird, so kann der römische Judex unzweifelhaft, wenn er nur culpa lata findet, den daraus erwachsenen Schaden zusprechen;

---

17) L. 31. §. 16. de aed. ed. 21, 1. L. 32. §. 2. de evict. 21, 2. Wetzell, S. 430. Not. 53.

18) Wurde die eine Klage abgewiesen, weil kein Kauf abgeschlossen worden ist, so wirkt dies ebenso, wie, wenn incidenter ausgesprochen wird, actorem heredem non esse, oder, in dem Falle der Not. 11., reum tutorem non esse.

19) Daß die L. 48 §. 2. de aed. ed. kein Bedenken erregt, wie die Glosse ad L. 25. §. 1. h. t. annahm (cf. Petr. de Bellap. ad h. l. Bartol. ad L. 14. de act. emt. vend. 19, 1. nr. 3. Cyn. in L. 1. Cod. de aed. ed. 4, 58, welche sich in die Distinktionen einer act. quanti min. civilis und praetoria vertiefen), bedarf keiner Ausführung.

20) Wetzell, S. 432. L. 14. §. 3. h. t.

21) Savigny, S. 420. Not. d.

22) Daß, wenn z. B. die rei vind. abgewiesen wurde, weil der Verklagte nicht besaß (s. oben S. 82), dies derjenigen Besitzklage, welche auf demselben Faktum des Besitzes fußt, präjudizirt, läßt sich nicht bezweifeln. — Cf. Paul. Castr. in L. 14. §. 3. h. t. Zas. in h. l. (diversa causa). Dyn. schon machte es zweifelhaft, ob die causa dominii causam petitorii absorbet. Bartol. in L. 12. §. 1. de acq. poss. 41, 2. n. 3.

23) L. 213. §. 2. L. 226. de V. S. 50, 16.

nicht aber den aus culpa levis erwachsenen, wenn die Klage zu ihrer Begründung dolus oder culpa lata erfordert. Daß umgekehrt, wenn schon culpa levis hinreicht, der dolo verursachte Schaden mitbegriffen ist, bedarf keiner Erwähnung. Es würde allen römischen Regeln widersprechen, wenn der Kläger die nemliche Handlung, welche er speziell als dolose zum Fundament seiner Klage gemacht hatte, nach deren Aburtheilung nochmals als kulpose hätte geltend machen dürfen.[24] Dies wird auch nirgends behauptet. Ohnehin hatte der Kläger gar keine Veranlassung, sukzessiv erst auf dolus, dann auf culpa zu klagen. Hätte er aber dennoch im Sinn der strengen Verhandlungsmaxime nur auf dolus geklagt, so hätte er sich die, trotzdem die ganze res konsumirenden, Folgen gerade so zuzuschreiben, wie wenn er seiner Klage sonstwie einen beschränkten rechtlichen Namen beilegte.[25]

Nicht blos dann, wenn erkannt worden ist, daß die fragliche Handlung nicht wahr sei,[26] sondern auch dann, wenn erkannt wurde, daß sie wahr sei, ist lis de ea re finita.[27]

Die actio fin. reg. und comm. div. können für die rei vind. präjudizielle Sentenzen hervorrufen, indem festgestellt wird, daß der Kläger Eigenthümer sei, oder nicht sei.[28] Dies hindert

---

24) wie Savigny, S. 420 a. E. annimmt.

25) z. B. wenn er lediglich aus dem Mandat klagte, während nur neg. gestio vorlag, oder, wenn er ab intestato die Erbschaft verlangte, die er auch ex testamento ansprechen konnte.

26) Savigny, a. a. O.

27) Die L. 13. de lib. caus. 40, 12. läßt sich nicht dafür anführen, daß nach Abweisung der actio in factum de dolo gegen den frei Erklärten wegen des, dum bona fide serviebat, dolos verübten Schadens noch aus derselben Handlung die act. leg. Aquil. aus dem Gesichtspunkt bloßer culpa angestellt werden könne. Die Stelle geht bei ihrer Betrachtung lediglich vom Objekt aus und sagt nur, daß das, was mit jener act. in fact. nicht geholt werden kann, nemlich aus andern Handlungen, als nur kulposen Beschädigungen hervorgegangen ist, mit der aquil. Klage gefordert werden mag.

28) Daher die exc. praejudicii. L. 18. de exc. 44, 1. S. §. 8 gegen Ende.

aber nicht, daß die Klage aus dem Grund zurückgewiesen wird, weil keine communio,[29] oder keine verwirrte Grenzen da sind.

Die in rem actio und condictio präjudiziren sich niemals.[30] Beide beruhen auf ganz verschiedenem Thatbestand; jene auf dem des Eigenthums, diese auf dem der Stipulation oder einer sonstigen obligirenden Handlung. Dies gilt selbst da, wo sie denselben Gegenstand haben.[31]

Daß die condictio furtiva nicht die actio furti poenalis ausschließt,[32] wird keinen Augenblick als Argument gegen das Axiom von der Identität des Thatbestandes angeführt werden. Die Pönalklage lauft neben der persekutorischen, mehrere Pönalklagen neben einander her.[33] Der Thatbestand kann durch die eine konsumirt werden.[34] Denn zweifellos war die Feststellung, furtum fecisse, oder non fecisse,[35] in Folge der einen Klage maßgebend für die andere; während der Thatbestand der act. furti gewiß unberührt bleibt, wenn die condict. furtiva nur darum abgewiesen wird, weil der Kondizent schon seine

---

29) L. 1. comm. div. 10, 3.

30) L. 31. h. t. Savigny, S. 420. — Auch daran wurden später Zweifel erhoben, gegen welche z. B. Brunnem. ad h. l. streitet. Cf. Paul. Castr. ad h. l. Die Gloss. non obstare faßt die Stelle ganz richtig auf.

31) In Anwendung auf die condict. furtiva s. L. 9. §. 1. de furt. 47, 2. — Die Unpräjudizirlichkeit schließt freilich nicht aus, daß, wenn der Vindikant die res erlangt hat, er nicht noch einmal dieselbe kondiziren kann. Denn die Erlangung der Sache (in anderem Wege) schließt die rei vind. sammt der condict. furt. aus. L. 54. §. 3. eod. Wetzell, S. 432.

32) Keller, S. 280.

33) L. 60. de O. et A. 44, 7. L. 130. de R. J. Keller, S. 483 ff.

34) wie die L. 13. §. 2. de jurej. 12, 2. lehrt, Savigny, S. 452. Windscheid, S. 102.

35) Wie die mittelalt. Doktrin, ohne dieses einfache Prinzip, sich abmühte, die Möglichkeiten unterzubringen, s. Gloss. ad L. 13. §. 2. cit. u. Jason de Mayn.; Bartol. ad. h. l. Diese schließen anscheinend ganz kühn: quando juratur nec pronunciatur super facto, tollitur omnis actio, quae ex eo oriri potest. Aber es wird bald klar, was unter „super eo facto“ verstanden wird. Es ist das prozessualische Faktum, oder vielmehr wesentlich die Form, in der das Faktum vorgebracht wird. Mithin ist denn die Konsequenz nicht so einfach.

Sache hat. Die Konsumtion ist aber keine nothwendige, da an sich beide Klagen insofern einen verschiedenen Thatbestand haben, als die Pönalklage den des Delikts, die rei persekutorische Klage den des ursprünglichen Rechts, welches durch das Delikt verletzt worden ist,[36] voraussetzt.

In ganz anderem Verhältniß steht die condictio zu verwandten Personalklagen. Darauf wird die, keineswegs widerstreitende, aber doch streng genommen nicht hieher gehörige L. 5. h. t. bezogen. Diese Stelle spricht nicht von der Rechtskraftswirkung oder von der Konsumtion; sondern sie behandelt den Begriff der eadem res von einem andern Gesichtspunkt aus; nemlich von dem, ob und in wieweit der actor seiner Klage, qua ab initio agebat, eine andere rechtliche Wendung oder Beziehung noch in judicio geben könne. Nach dem Karakter der Judizialverhandlung wird ihm dies unbedenklich gestattet, wenn nur eadem res, derselbe Thatbestand, bleibt, welcher einmal in judicium deduzirt worden ist. Obgleich er von Haus aus die Mandatsklage anstellen wollte, so kann er doch seinen Anspruch als negot. gest. actio oder als condictio aufrecht erhalten, wenn sich diese aus den nemlichen faktischen Prämissen deduziren lassen. Diese Stelle[37] lehrt also geradezu, daß die rechtliche Bezeichnung des Anspruchs gleichgültig, daß es die res ist, welche das Judizium eigentlich erfüllt.

Die Konsequenz, daß die Identität der res, welche durch das Judizium verzehrt wird, die Ursache der Judikatswirkung ist, wird nicht unmittelbar an diesem Platz ausgesprochen, folgt aber daraus mit voller Nothwendigkeit. Wenn es noch einer Bestätigung bedarf, so ist diese weiter in der L. 28. §. 4. de jurej. 12, 2 [37a] enthalten, welche für die der Judikatswirkung

36) Windscheid, die actio §. 3.

37) S. darüber auch Keller, S. 110. 242. Savigny, S. 418. Not. 6. Windscheid, S. 79.

37 a) Exceptio jurisjurandi non tantum, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc judicium deducatur, — forte si ob ac-

ganz analoge Wirkung des Schiedseides die vermißte Folgerung zieht.

Darnach ist es nun klar, daß die einmalige Aburtheilung des faktischen Stoffs für jede rechtliche Benutzung desselben entscheidend ist; was denn den Kläger nöthigt, in der Judizialverhandlung die umfassendste rechtliche Beleuchtung eintreten zu lassen und denselben thunlichst unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt aufrecht zu halten.

Mithin kann auf den Stoff hin, der, zu einer Mandatsklage formirt, abgeurtheilt worden ist, nicht noch eine neg. gestorum actio gegründet werden;[38] aber auch keine condictio.[39]

Daraus scheint umgekehrt zu folgen, daß durch Anstellung der Mandatsklage diejenige condictio,[40] die auf einer Stipulation oder einem Nomen, welches die Mandatsschuld in ein creditum verwandelte, beruht, nicht konsumirt wird. Dies ist richtig, wenn die Stipulation oder das Nomen als eigner selbstständiger Thatbestand erscheint, dagegen nicht richtig, wenn die materielle causa, d. i. der ursprüngliche Thatbestand des durch die Stipulation verwandelten Verhältnisses, die Grundlage blieb.[41]

---

tionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, ceterasque similes jusjurandum exactum sit, deinde ex iisdem causis certum condicatur, — quia per alteram actionem altera quoque consumitur.

38) Beide beruhen auf dem Handeln für einen Andern.

39) welche neben der Kontraktsklage entstehen kann. So mag das irreguläre oder das konsumirte Depositum mit der act. depos. und einer condictio (L. 9. §. 9. L. 10. de R. Cr. 12, 1.), das unterschlagene Mandatsgeld mit einer act. mand. oder condictio furtiva (L. 22. §. 7. mand. 17, 1.) eingeklagt werden. S. über das Verh. der condictio zu den Kontraktsklagen bes. L. 9. de R. Cr. — Cf. auch L. 53. de O. et A. 44, 7.

40) Namentlich certi condictio, welche, wo sie nicht aus der adnumeratio (mutui) begründet ist, nur aus Stipulation oder Literalobligation erwächst. Cic. pro Rosc. com. 4.

41) eine Frage, die hier nur angedeutet werden kann. Die L. 28. §. 4. cit. (Not. 37 a.) ist bes. wichtig. — Das Verhältniß der condict. zu den Kontraktsklagen ist ein Punkt, mit dem sich die spätere Doktrin nicht gern befaßte. Die Glossen und Kommentare zu L. 5. h. t. und L. 28. §. 4. de jurej. 12, 2. sind auffallend dürftig; vgl. z. B. Bartol., Bald., Jason ad h. l.

Dasselbe gilt, wo sonst zwei oder mehrere Klagen ex una obligatione, oder, was dasselbe ist, ex una re entstehen.[42]

Besonders interessant ist die Bewährung unseres Prinzips an den actiones adjecticiae qualitatis, deren gegenseitige Judikatswirkung vielfache Ansichten hervorgerufen hat.[43] Die actiones de peculio, in rem verso, exercitoria, institoria u. s. w. sind die ursprünglichen Obligationsklagen, welche ausnahmsweise eine andere Richtung als gegen den eigentlichen Kontrahenten annehmen.[44] Die actio de peculio ist keine eigene Klage, sondern die, streng genommen gegen den filius, servus u. s. w. begründete, jetzt aber gegen den pater, dominus u. s. w. gerichtete Klage. Das Fundament der Klage, sei diese eine dingliche, oder eine persönliche, ist der im Verhältniß zu dem servus oder filius begründete Thatbestand. Daß der Vater oder Herr praeposuit, jussit u. s. w., begründet doch für den Dritten noch nicht die Obligation, aus welcher er klagt; bewirkt vielmehr nur, daß der Vater nomine des Sohnes für die von diesem eingegangene Obligation haftet.[45] Der Wille des Vaters führt dahin, daß gegen ihn geklagt werden

---

42) L. 53. de O. et A.; cf. Gloss. in una re ad h. l. S. z. B. L. 6. de rescind. vend. 18, 5. L. 2. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4, 54. Die spätere Lehre führte dies auch auf die electio zurück; vgl. Cujac. ad L. 53. cit.

43) Vgl. Bekker, proz. Cons. S. 173. und die neueste Darstellung von Dietzel in den Jahrb. von Bekker u. Muther, Bd. 2. S. 414 ff., und dagegen Keller, das. Bd. 3. S. 153.

44) Gai. IV. 69. 74. §. 4. Inst. quod cum eo 4, 7. Keller, §. 50. — Wenn Dietzel den Grund der de peculio-Obligation einen selbstständigen nennt (S. 423), annimmt, daß der Vater suo nomine obligirt sei, so widerspricht dies den Quellen ebensosehr (vgl. die von ihm für seine Ansicht benutzte L. 32. de usur. 22, 1), wie der Natur der Sache.

45) S. dagegen die sonderbaren Ausführungen von Dietzel, S. 423. 431. — Wenn man so will, tritt die obl. honoraria zu der ursprünglichen und lenkt diese gegen die ursprünglich nicht obligirte Person. L. 1. §. 24. de exerc. act. 14, 1. Die L. 91. §. 5. V. O. 45, 1. nennt die Richtung quod jussu eine accessio.

kann;[46] dieselbe Möglichkeit kann auch ohne seinen Willen entstehen (in rem versio); nimmermehr aber nahm das römische Recht an, daß der mit der act. mutui de peculio belangte Vater der Erborger des von dem Sohn empfangenen Darlehns sei. Die obligatio de peculio ist an sich eine leere Rechtsbeziehung, welche erst durch den wahren Thatbestand der Obligation, wie er dem Sohn gegenüber begründet wurde, realen Inhalt erlangt.

Ist dies richtig und ist andererseits die Ansicht, daß der klagend verfolgte Thatbestand das eigentliche Objekt der Judikatskonsumtion bildet, so möchte man in Verbindung mit dem oben geschilderten Karakter des judicium fast voraussehen können, wie es sich mit den Judikatswirkungen bei den act. adject. qualitatis verhält. Der in judicium deduzirte Thatbestand, folglich das dem servus oder filius gegenüber begründete Rechtsverhältniß, ist allemal der Vorwurf des judex. Mit der Kognition konsumirt, kann er nicht wiederholt benutzt werden. Die subjektive Richtung der Klage gegen den Kontrahenten oder dominus, welche hauptsächlich in dem Zweck, dem Dritten zu einer wirklichen Befriedigung zu verhelfen, die er sonst missen würde, ihre Ursache hat, ändert daran Nichts. Der Thatbestand, der auf dem einen Wege verbraucht ist, kommt nicht wieder.

Dies bestätigt sich denn so durchweg, daß an der römischen Auffassung gar kein Zweifel sein kann. Zunächst sind die adjectiones unter sich der Identität des Thatbestandes gegenüber gleichgültig.[47] Also konsumiren sich die actio de peculio und de in rem verso;[48] denn diese Zusätze laufen schließlich nur

46) Gai. IV. 70. 71. L. 32. §. 3. de usur. 22, 1. Pater ex persona filii tenetur, sive jussu etc.

47) um so mehr, wenn der Richter, wie in §. 4. Inst. quod cum eo 4, 7. dargestellt wird, diese nur auf die condemnatio einflußreichen Zusätze möglichst umfassend und zum Nutzen des Klägers zu prüfen hat.

48) L. 1. §. 10. quando de pec. 15, 2. L. 1. §. 2. de in rem vers. 15, 3.; cf. L. 10. §. 3. ibid.

auf ein verschiedenes Exekutionsobjekt hinaus; die act. de peculio und tributoria,[49] die act. de peculio und quod jussu;[50] ebenso die tributoria und institoria,[51] u. s. w.[52]

Indessen erscheint dieser Beweis noch nicht schlagend; hier handelt es sich doch immer um die Intention gegen die nemliche Person,[53] aber es wird auch bezeugt, daß die Klage gegen den magister die Klage gegen den exercitor (exercitoria) ausschließt;[54] und der für diese Erscheinung angegebene Grund, quia haec actio (exerc.) ex persona magistri in exercitorem competit, ist so durchaus zutreffend bei der institoria, tributoria, quod jussu u. s. w., daß sich nothwendig die Annahme aufdrängt, dort habe das Nämliche gegolten.[55] Mithin mußte der Kläger wählen, ob er den servus, filius oder den dominus, pater ergreifen wollte; die electio ist aber nicht Ursache der Konsumtion, sondern Folge der durch das Judikat[56] bevorstehenden Konsumtion.

---

49) L. 9. §. 1. de tribut. 14, 4.

50) L. 4. §. 5. quod cum eo 14, 5.

51) L. 11. §. 7. de inst. act. 14, 3.

52) cf. Gai. IV. 74. 75. Die Glossatoren und ihre Nachfolger begnügten sich mit dem Satz: quod, quando ad idem competunt plures actiones, qui eligerit unam, non poterit redire ad aliam causam. Gloss. in L. 3. Cod. de ed., Bart. in L. 9. §. 1. de trib. act., Bald. in L. 1. §. 10. cit. 15, 2. Paul. Castr. in h. l.

53) Dietzel, S. 437.

54) L. 1. §. 24. de exerc. act. 14, 1.

55) Dagegen konsumirt die Sentenz über die act. de pecul. gegen den Vater dessen Haftungspflicht nur soweit, als deren Objekt reicht. Das plus kann noch mit der act. de in rem verso verfolgt werden. L. 1. §. 2. de in rem verso. 15, 3. — Dies würde nach den Grundsätzen über minus petere (s. oben §. 2. Not. 11.) eine Inkonsequenz sein, wenn die Obligation des Vaters eine wahre Obligation, wie andere wäre. Aber sie ist nur eine Haftungspflicht. Dem Vater gegenüber wird, was das Verhältniß der prätorischen Klagen unter sich betrifft, zunächst nur die adjectio, nicht der sonstige obligatorische Thatbestand konsumirt.

56) Die lit. contestatio freilich konsumirt noch nicht die andere Klage; cf. L. 57. de judiciis. 5, 1., worin der beste Beweis liegt, daß die persönliche Richtung gegen den Verklagten nebensächlich ist. — Vgl. Dietzel, S. 432.

Diese Erscheinung, gegen welche sich kein einziges Zeugniß vorfindet,[57] während sie durch die Konsequenz, daß den Bürgen des servus das mit der actio de peculio erwirkte Judikat gegen den Herrn befreit,[58] bestätigt wird, kann nach früheren Erfahrungen über die Behandlung des Prozeßstoffs in judicio nicht befremdlich erscheinen, ergibt sich vielmehr aus jener Behandlung mit voller innerer Gewißheit.

Es gab keine Abweisung der actio adjecticiae qualitatis, wie angebracht, nur auf den Grund hin, daß etwa die adjectio ungerechtfertigt sei, also quia dominus non praeposuit, jussit, u. s. w. Gab es doch auch keine Abweisung in judicio lediglich aus dem Grund einer dilatorischen Einrede, wie angebracht.[59]

Dies scheint abermals hart und formalistisch. Man darf jedoch nicht vergessen, daß in älterer Zeit die interrogatio in jure ein vortreffliches Mittel darbot, den Kläger in Gewißheit zu setzen, ob er die Anstellung der adjecticia actio riskiren könne, und daß, wenn auch die interrogatoria actio ungebräuchlich wurde, doch durch Fragen in judicio dieser Punkt aufgeklärt werden konnte.[60] Man muß sich auch hier an die, auf materielle Wahrheit und materielles Recht abzielende Thä-

— Die L. 3. §. 11. de pec. 15, 1. kann gegen die hier vertheidigte Ansicht gewiß nicht angeführt werden; sie argumentirt nur daraus, daß das Judikat einen selbstständigen obligatorischen Thatbestand (quasi ex contractu), ganz abgesehen von der origo judicii bildet.

57) Daß L. 84. de solut. 46, 3. nicht entgegensteht, ist klar. Allerdings ist der Bürge des servus durch das Judikat gegen den dominus noch nicht sofort frei. Denn das Judikat begründet für ihn nur eine exc. rei judicatae. S. folg. Note und L. 38. §. 2. de solut. 46, 3. Daß eine Bürgschaft sowohl für die honoraria obl. des dominus, wie für die eigentliche obl. des servus möglich ist, ändert an dem Prinzip der eadem res selbstverständlich Nichts.

58) L. 21. §. 4. h. t. 44, 2.

59) wie noch in anderer Richtung L. 13. pr. de instit. act. 14, 3. bestätigt.

60) L. 1. §. 1. de interrog. in jure. 11, 1. L. 9. §. 8. eod. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 2. §. 83. Not. 11.

tigkeit des judex erinnern, der den Verklagten selbst befragen, oder den Kläger in der Aufforderung zu einer Erklärung, an peculium sit u. s. w., unterstützen mochte. Ergab sich der Ungrund der adjectio, so konnte der Kläger den Streit fallen lassen, ohne fürchten zu müssen, daß er nicht mehr zur Klage gegen den institor, filius u. s. w. zurückgreifen dürfe.[61] Noch schärfer zeigt sich die Natur dieser Klagen in dem besondern Fall, wo an die Stelle des dominus mehrere Erben treten, von denen an sich ein Jeder nur pro parte peculii haftet.[62] Um einen einzigen zu verklagen, muß die ganze ursprünglich gegen den servus entstandene Obligation in judicium deduzirt werden. Die Theilung betrifft ja nur die nebensächliche obligatio honoraria, nicht den eigentlichen Thatbestand der Obligation, sondern nur dessen subjektive Beziehung auf die andere, anstatt des ursprünglichen Kontrahenten haftende Person. Mithin konsumirt jene Sentenz, gegenüber dem einen Erben erwirkt den ganzen Thatbestand;[63] anders, wie wenn das aus einer mit dem Erblasser unmittelbar eingegangenen Obligation erworbene Recht als ein theilbares gegen einen Erben verfolgt wird. Hier setzt das Erbverhältniß den Erben in eine wesentlich verschiedene Lage zu dem Gläubiger, wie dort. Hier theilt sich die Obligation. Dort theilt sich nicht die Obligation, sondern eigentlich nur das Befriedigungsobjekt. So das strenge Recht, dessen Konsequenz (occasio juris)[64] nur ex aequitate Milderung

61) denn nicht die lit. cont. — s. Not. 56 —, sondern erst das Judikat konsumirte.

62) L. 32. pr. de pecul. 15, 1.

63) Keller, S. 430. Vgl. §. 13. Not. 28.

64) L. 32. pr. cit. — Die Glosse ad h. l. distinguirte, ob tempore litis oder tempore sententiae aliquid in peculio sit, und half sich mit der electio. Bald. und Paul. Castr. ad h. l. — Diese Billigkeit waltete denn auch in dem Falle der L. 13. pr. de inst. act. 14, 3. (s. oben Not. 59), die schon der Glosse Trost gab gegen den Satz, daß derjenige, der seine Positionen auf ein spezielles Faktum gestellt hatte und deshalb abgewiesen wurde, nicht anders sollte klagen können. Gloss. ad h. l. Bart. u. Bald. in h. l.

erfahren konnte. Durch die Mittel der letzteren, i. i. restitutio, oder exc. doli, kehrte man zu der rein logischen Interpretation des Faktums, welche durch die juristische Konsequenz vielleicht gefährdet war, zurück.[65]

Ein ähnliches Verhältniß ergibt sich bei den Noxalklagen.[66] Der ex noxa oder maleficio des Sklaven Beschädigte hat verschiedene Wege, um den Herrn zu belangen. War dieser conscius maleficii, so haftet er unmittelbar als Miturheber oder auctor.[67] Der dominus nesciens dagegen kann an der Stelle des Sklaven selbst belangt werden, wie der dominus exercitor an der Stelle des magister; nur daß der letztere das judicium accipere muß, während der erstere dasselbe durch noxae deditio ablehnen kann.[68] Was uns hier interessirt, ist, daß solchergestalt eine ähnliche subjektive Beziehung auf einen Andern, als den eigentlich ex delicto Obligirten, hervorgerufen wird.[69] War nun die obige Meinung von der Irrelevanz der subjektiven Beziehung der Konsumtion des thatsächlichen Stoffs gegenüber richtig, so muß hier dieselbe Folge sich erweisen, wie bei der actio de peculio u. s. w. So ist es in der That. Ob der actor dominum als conscium, oder als nescientem maleficii belangt, ist einerlei. Die eine Klage verzehrt die andere,[70] weil eine Abweisung nie in dem Sinn verstanden wird, daß sie nur auf der Entscheidung, ob conscius oder nesciens, basire; und umsomehr, als es dem actor freistand, in dem umfassenden

---

65) Gai. IV. 123. Keller, S. 579. Savigny, S. 457 ff.

66) Savigny, S. 425. Wetzell, S. 433. Not. p.

67) L. 2. pr. de nox. act. 9, 4.

68) L. 21. pr. eod. L. 1. ib.

69) Judicium honorarium. L. 39. pr. eod. — Daher denn auch hier Anwendung der interrog. in jure; s. oben Not. 60. L. 14—17. de interrog. in jure. 11, 1. L. 21. §. 3. h. t. 9, 4. Rudorff, §. 83. Not. 6. — Ueber die Natur der noxae deditio, cujus solius judicium non est, und die auch einen Blick in die Natur der sog. obligatio de peculio u. s. w. thun läßt, L. 6. §. 1. i. f. de re jud. 42, 1. und Donell. ad h. l.

70) L. 4. §. 3. h. t. 9, 4.

judicium seine Behauptungen der Wahrheit entsprechend zu modifiziren.[71]

So zeigt sich denn durchweg, daß auch von der Seite des Klaggrundes her, mag man nun darunter das fundamentum remotum, die Legitimation zur Sache, oder was immer sonst zum Ausgangspunkt wählen, die natürliche Logik waltet, wenn es gilt, zu erkennen, was die Sentenz bezeugt und was sie entscheidet. Die eadem res, die Einheit des Thatbestandes, und zwar, wie sich ergab, des wesentlichen Thatbestandes, ist die Trägerin der Judikatswirkung. Der Begriff des Thatbestandes bedarf nun kaum noch einer besonderen Definition. Absichtlich habe ich, anstatt von vorn herein eine schulgerechte Begriffserklärung an die Spitze zu stellen, den Begriff an den einzelnen Folgerungen klar zu machen, versucht. Jedes Recht hat seinen Thatbestand; nicht blos im Strafrecht. In demselben Sinn muß das Civilrecht von einem Thatbestand der Klage, des Rechtsanspruchs sprechen können, wie dort von dem Thatbestand des Verbrechens die Rede ist. Daß dies nicht geschieht, hat seinen Grund darin, daß der Begriff des Einheitlichen, des organischen Zusammenhangs seiner Bestandtheile, welcher in der Idee des Thatbestandes liegt, durch die neuere Prozeßlehre, welche auf Zerreißung und Zerspaltung des Thatsächlichen in sich und völlige Trennung desselben von allen Rechtsfolgerungen ausgeht, verloren gegangen ist. Was aber die richtige Anschauung ist, bedarf ebensowenig der Erörterung, wie die laxe Nomenklatur der Wissenschaft, in der eadem res, eadem obligatio, eadem quaestio, eadem causa, idem fundamentum u. dergl., oft unklar genug, durcheinanderlaufen, der näheren Kritik.[71a]

---

71) wenigstens so, daß er die Behauptung, dominum conscium esse, fallen lassen mochte. L. 4. §. 3. cit. — Vgl. dagegen Bald. in h. l. quod qualitas addita facit succumbere (sec. Dyn.) agentem, qui eam non probat; und daß, sententia lata super principali facto, non potest iterum agi ratione qualitatis. Ueber die qualitas s. z. B. auch Brunnemann. in L. 4. h. t.

71a) S. über den Begriff der res bes. Bekker, §. 6. 7. und Beilage I. S. 323. Keine der dort benutzten Stellen widerspricht dem hier aufgestell-

Es ist ein vergebliches Bemühen, den Begriff der res schärfer juristisch fixiren zu wollen. Einen solchen abgeschlossenen und spezifisch juristischen Begriff hatten die römischen Juristen nicht und bedurften seiner nicht. Der Begriff der res war einfach ein natürlich logischer,[71b] den Jeder schon von der natürlichen Beweisfolgerung her eben so gut kannte, wie die Vergleichung der einen res mit der andern.

Um zu erkennen, was in dem Thatbestand der einen Klage wesentlich war, müssen freilich die juristischen Regeln mithelfen; das müssen sie selbst da, wo gefragt wird, was die Sentenz[72] beweist. Die juristische Form ist ein Argument, aus dem sich mittelst juristischer Kenntniß schließen läßt, welcher Thatbestand zu Grunde lag und abgeurtheilt worden ist. Die Formel, namentlich deren Intention, leistet in dieser Hinsicht den besten Dienst. Sie bezeichnet am nächsten den Inhalt oder Thatbestand des Klaganspruchs.[73] Aber mit Recht bemerkt schon Keller, daß die Identität der Intention wohl ein sicheres (man kann besser sagen ein ziemlich sicheres) Zeichen, nicht aber die nothwendige Bedingung der Judikatskonsumtion darstellt.[74] Mit andern Worten: die Identität der Intention ist nicht der G r u n d des Judikatseffekts,[75] sondern ein Interpretationsmoment, durch

---

ten Begriff. Mitunter heißt res freilich auch das Objekt, aber besonders da, wo dieses einen w e s e n t l i c h e n Theil des Thatbestandes bildet. Siehe oben §. 7.

71b) Als solcher war er einer „eigenthümlichen Ausbildung" nicht weiter fähig. S. Bekker, proz. Cons. S. 265 a. E. — Die Stellen, aus denen eine historische Umgestaltung des Begriffs gefolgert werden soll (L. 9. §. 1. h. t. L. 16. §. 5. de pign. 20, 1.), haben aber, wie aus dem Obigen erhellt, keine derartige Unterstellung nöthig.

72) wenn z. B. gefragt wird, was die Sentenz, patrem de peculio solvere debere, darthut.

73) Keller, S. 244. Gai. IV. 41.

74) Keller, S. 445.

75) In Gai. IV. 131. und andern Stellen wird gesagt, p e r i n t e n t i o n e m consumitur. Dies ist offenbar nur ein Ausdruck für die mit der Judikatswirkung noch lange nicht identische Wirkung der conceptio formulae und d e d u c t i o in judicium.

welches man zu dem wahren Grund, der Identität der res, durchdringt.

Nun läßt sich wohl ermessen, was dabei herauskommen muß, wenn die Judikatslehre immer wieder von der Fassung der Formel aus konstruirt werden soll. Das römische Recht war viel weniger künstlich, aber viel natürlicher, als man denkt. Es wird die alten Meister der Rechtstheorie am höchsten stellen, wenn wir gewahren, und bei näherer Betrachtung noch oft gewahren würden, daß ihre Sätze auf dem einfachen, nie verleugneten Prinzip der gesunden Logik und Wahrheit beruhen.

Der Bedeutung der res gegenüber, welche der eigentliche Gegenstand des judicium und der sententia ist, erweist sich die rechtliche Form, welche der Thatbestand als actio annimmt, regelmäßig als bedeutungslos. Die einmalige Kognition macht die res verschwinden, gleichviel welche rechtliche Bahn bei deren Verfolgung eingeschlagen wurde. Indessen gab auch hier das römische Recht Mittel an, um übermäßigen Härten dieser Regel[76a] vorzubeugen. Vielleicht, daß der Kläger ein wohlbegründetes und gerechtfertigtes Interesse hatte, seinen Anspruch nur unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt geltend zu machen, und sich eine anderweite Verfolgung vorzubehalten. War dem so, so konnte er die actio und die Konsumtionswirkungen durch eine praescriptio beschränken. Es blieb ihm alsdann gestattet, de eadem re alio modo agere.[76b] Die Nothwendigkeit dieses Ausnahmsmittels zeigt jedoch, daß, wie die umfassende, so die

---

76) L. 5. L. 14. pr. L. 27. h. t. 44, 2; oder materia litis. L. 3. Cod. de fruct. 7, 51.

76a) welche zunächst zu möglichster Vorsicht und möglichster Vollständigkeit der deductio in judicium antrieb.

76b) Cic. de fin. V, 88; epist. ad fam. XIII, 27. Davon gibt denn Gai. IV. 131. ein Beispiel, indem er bemerkt, daß de fundo mancipando geklagt und die Klage de poss. tradenda durch Präskription erhalten werden könne. S. auch Savigny, Bd. 6. Beil. 17. Nr. XII. Bekker, proz. Cons. S. 264. — Vgl. oben §. 8. Not. 15 darüber, daß diese praescriptio einen andern Sinn hat, als der Vorbehalt einer andern causa bei einer expressa causa angestellten dinglichen Klage.

völlige Konsumtion der res in judicio die entschiedene Hauptregel bildete, wenn gleich das Recht nicht unterließ, dem befugten Privatwillen, der davon abweichen wollte, hierzu den Weg zu bahnen.

Wie die rechtliche Gestaltung zur intentio der Formel, wie die alia actio, so ist denn vollends das aliud genus judicii gleichgültig.[77] Dies mag zum Schluß noch erwähnt und angedeutet werden, daß solches keineswegs mit dem aliud genus actionis identisch ist.[78] Die L. 7. §. 4. cit. handelt von den Personen, welche für die res judicata in Betracht kommen. Sie soll daher allem Anschein nach nicht blos wiederholen, was in L. 5. eod. schon gesagt wird, sondern ausdrücken, daß es nicht derselben Gattung des judicium bedarf, um die Judikatswirkung zu erfahren. Es gab verschiedene Arten von Judizes.[79] Ob die frühere Sentenz vor einem, oder vor mehreren judices, recuperatores,[80] arbitri, u. s. w. verhandelt worden war, blieb vor einem andern Richter einerlei,[81] wenn nur wirklich judizirt, d. h. die Thatfrage eingehend geprüft und im Sinne materieller Wahrheit durch die Sentenz entschieden war.[82]

§. 10.

e. Die Parteirolle.

Von dem Einfluß der Parteirolle ist vielfach schon im Obigen die Rede gewesen. Wo von der aktiven und passiven

---

77) L. 7. §. 4. h. t.

78) wie schon die Gloss. ad h. l. Savigny, S. 424 annimmt. Vgl. L. 5. h. t. — Für die ältere Lehre war es eine schwierige Arbeit, zu bestimmen, was die Sentenz des arbiter, eines geistlichen Richters u. s. w. als Judikat gilt. — Das arbitrium, welches man als den Spruch eines non judex ansehen mußte, galt gar nicht als Judikat; S. Durant. I, 1. de arbitrio §. 4. nr. 8. Mev. VIII, dec. 12.

79) Puchta, Bd. 2. §. 154.

80) vor welche bes. die Statusfragen gehörten. — Vgl. z. B. L. 7. §. 1. 2. de her. pet. 5, 3. über das liberale judicium und sein Verhältniß zu dem judicium her. pet.

81) Daran schließt sich auch die in L. 3. Cod. de jud. bezüglich der Kompetenz gemachte Folgerung.

82) Wenn dagegen nur summatim untersucht, also nicht etwa ein aliud

Seite des Klagerechts gehandelt wurde, wurde zugleich untersucht, welchen Einfluß die Stellung der Parteien zu dem streitigen Fall auf die Auslegung der Sentenz äußert. So gehört hierher [1] die Erwägung, daß, während die Anerkennung, rem actoris esse, das Eigenthum des Verklagten geradezu ausschließt, [2] die Abweisung des Vindikanten wegen Nichtbesitzes des Verklagten noch keine Anerkennung des Eigenthums des letztern enthält. [3] Das ist einfache logische Konsequenz.

Daran schließt sich weiter die oft interpretirte L. 24. h. t. Diese spricht von dem Fall, wo der Kläger mit der Vindikation deshalb abgewiesen worden ist, weil er sein Eigenthum nicht dargethan hat; nicht von einer Abweisung wegen Nichtbesitzes des Verklagten, da gerade dessen Besitz vorausgesetzt wird. [4] Der Verklagte, seinerseits durch Kauf und Tradition a non domino in conditione usucapiendi, kann nach Verlust des Besitzes die Publiciana actio auch gegen den mit der rei vind. nicht obsieglich gebliebenen dominus anstellen. Die exc. dominii [5] schlägt er mit der replica rei judicatae zurück. Natürlich, denn er würde auch die erneuerte Vindikation des dominus damit

---

genus judicii, sondern vielmehr gar kein judicium stattgefunden hatte, so war es etwas Anderes. S. oben §. 8. Not. 105 ff.

1) wenn man mit Savigny, S. 426, daraus eine eigene Rubrik machen will.

2) L. 15. h. t. L. 30. §. 1. ib. verb. respondi etc. L. 40. §. 2. de proc. 3, 3. S. dagegen Wetzell, S. 437. Not. 90, dessen Gründe ich aber nicht sehe.

3) L. 17. h. t. S. oben §. 8. N. 44.

4) Si quis rem a non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit, et a domino petierit, adversus exceptionem: si non ejus sit res, replicatione hac adjuvabitur: at si res judicata non sit.

5) S. L. 16. 17. de Publ. act. 6, 2. — Diese exc. kommt nur der Publ. act. gegenüber vor. Denn der rei vind. gegenüber ist sie keine eigene exc., sondern direkte Verneinung des klägerischen Rechts. Es bedarf dort einer solchen exc. nicht, weil, einerlei, aus welchem Grund die Abweisung der rei vind. erfolgt, diese definitiv feststellt (inter partes), actoris rem non esse.

zurückschlagen, da ja einmal zwischen ihnen über den Thatbestand des Eigenthums nicht mehr gestritten werden kann.[6]

Aus dieser Stelle erfahren wir, daß überhaupt, wo die abgeurtheilte res nicht in Form einer Klage, sondern einer Exzeption benutzt werden soll, die replica rei judicatae, wie sonst die exc. zusteht. So z. B. wenn derjenige, dessen Entschädigungsklage definitiv abgewiesen wurde, den nemlichen Anspruch als Kompensationsforderung benutzen, oder die Numeration, welche er zur Grundlage einer zurückgewiesenen Darlehnsklage gemacht hatte, demnächst einredeweise als solutio zur Geltung bringen wollte. Gerade hier muß stets festgehalten werden, daß jede römische Abweisung des Anspruchs in judicio eine definitive war.

So verhält es sich denn auch, wo eine exceptio zurückgewiesen wird. Die exceptio ist nur eine andere Erscheinungsform, wie die actio. Die echte exceptio hat ihren eigenen Thatbestand, der eben so gut zu einer actio formirt werden könnte. Die Sentenz steht also der exceptio gerade so gegenüber, wie der actio.[7] Prüft der Richter die exc. aus irgend einem Grunde gar nicht, so bleibt ihr Thatbestand unversehrt.[8]

---

6) Dies ist der einfache Sinn der Stelle, welcher sich auf die definitive Bedeutung des rem actoris non esse (s. vorige Note) stützt. Vgl. Wetzell, S. 435. Not. 86. Pfeiffer, S. 252. — Dies Resultat kann wieder nur der Verhandlungsmaxime sonderbar erscheinen. Schon die Gloss. absolutus ad h. l. setzte eine Sentenz voraus, in der gesagt wurde, rem rei esse, oder in der der reus absolvirt wurde tamquam dominus. Bartol. in h. l. — Die Stelle machte natürlich jener Doktrin, welche die Absolution des Verklagten nur vom formalen Standpunkt ansehen konnte, erhebliche Schwierigkeiten, während der röm. Jurist gerade an einem auffallenden Beispiel die Folge des natürlichen Prinzips, daß die Endsentenz in der Regel reale Wahrheit enthält, zeigen will. Denn nur darum, weil letzteres zu unterstellen, kann sie als definitives Recht inter partes, als res judicata, unabänderlich bindend werden. S. §. 13. — Vgl. dag. Paul. Castr. und Zas. in h. l.

7) L. 19. h. t. Seuffert, Bd. 5. Nr. 236.

8) Der namentlich häufig zur Begründung einer act. contraria dienen kann. L. 7. §. 1. de comp. 16, 2. L. 18. §. 4. commod. 13, 6. L. 1. §. 4. de contr. tut. act. 27, 4. Wetzell, S. 435. Aus der Zahlungseinrede wird eine condictio sine causa u. s. w. S. auch Windscheid, die act. S. 74.

Hat er sie geprüft und verworfen, sei es ausdrücklich oder dadurch, daß er doch für den Kläger erkannte, so kommt der Exzipient dadurch in dieselbe Lage, als ob er klagend abgewiesen worden wäre.[9]

Hieher gehören einige Stellen, welche dieses vollkommen bestätigen.[10] Man deutet diese regelmäßig von der exc. rei venditae et traditae: allein keinenfalls sprechen sie von derjenigen exc. dieses Namens, welche der tit. Dig. 21, 3 behandelt. Sie sprechen nemlich nicht von dem Fall, daß der Nichteigenthümer verkauft hat und nach erlangtem Eigenthum von dem Käufer vindizirt,[11] sondern von dem Fall, daß der Eigenthümer verkauft hat. In solchem Fall kann er das jus, welches er verkauft und übertragen hat, nicht vindiziren;[12] wohl aber kann er das, si alio jure dominium quaesierit, wenn er auf eine neue Art, durch einen neuen Thatbestand das jus dominii erlangt.[13] In diesem Fall wird dem Käufer-Besitzer eine exc. doli gewährt; improbe enim rem a se distractam evincere conatur. Damit ist der Grund der Einrede bezeichnet; die improbitas;[14] also nicht etwa die duplae stipulatio oder der Kauf.[15] Diese bilden einen besonderen Thatbestand, der hier zu der Begründung der exc. doli gar nicht angegriffen zu werden braucht. Mithin

9) Vgl. dagegen nach der Glosse Bart. und Paul. Castr. in L. 19. cit. und bes. Cyn. in L. 2. Cod. sent. resc. non poss. 7, 50.

10) L. 17. 18. 19. pr. de evict. 21, 2.

11) L. 1. de exc. rei vend. 21, 3.

12) Der Verklagte würde nur zu leugnen haben, rem actoris esse, was bewiesen ist, wenn er den Verkauf darthut.

13) cf. L. 17, cit. Die ganze Entscheidung dieser Stelle beruht offenbar auf „quamvis alio jure dominium quaesierit"; denn, wenn er das Eigenthum eodem jure, wie er übertragen hat, vindiziren wollte, so versteht sich die Unmöglichkeit von selbst. Zugleich folgt aber aus jenen Worten: alio jure, daß vorausgesetzt wird, er habe vorher schon ein aliud jus gehabt. Die Stelle spricht also nicht von einem Nichteigenthümer-Verkäufer. — Die Gloss. ad h. l. venditorem erklärt dies ganz richtig.

14) welche schon darin liegt, daß dieser actor intendirt, rem suam esse.

15) L. 2. de evict. 21, 2.

bleibt derselbe unberührt, etsi exceptio omissa, aut opposita ea[16] nihilominus evictus est. Von dem Thatbestand der actio emti wird dies nochmals wiederholt.[17]

Darin liegt der Grund jenes Ausspruchs, welcher sonach im vollen Einklang mit den sonstigen Grundsätzen bleibt.[18] Wo über eine echte exc. rei traditae et venditae kognoszirt wird, muß nothwendig deren Thatbestand, Kauf und Tradition, verbraucht werden. Die Erklärung, daß diese Exzeption unbegründet sei, in der Sentenz spricht nach römischen Grundsätzen nothwendig aus, daß Kauf und Tradition nicht vorhanden sind und macht in dieser Hinsicht zweifellos praejudicium.

Nach diesen Wahrnehmungen an der exceptio bedarf es, was den Einfluß der Parteirolle betrifft, nur noch der wiederholten Hinweisung darauf, daß im römischen Prozeß diejenige Trennung der Parteirollen, welche erst die strenge Verhandlungsmaxime herbeiführt, nicht existirte. Der Thatbestand wurde an vielen Stellen als ein einheitliches Ganzes betrachtet, wo wir denselben zerreißen, Einreden formiren, oder doch streiten, ob Einrede, oder Gegenbeweis. Daß diese veränderte Auffassung nicht ohne Einfluß auf die objektive Deutung der Sentenz ist, liegt auf der Hand. Es ist z. B. gewiß nicht einerlei, ob das vitium possessionis Einrede oder Gegenbeweis ist, wenn der Sinn der dem Besitzkläger günstigen oder ungünstigen Sentenz erklärt werden soll.

---

16) L. 18. eod.

17) L. 1. 9. pr. eod.

18) Vgl. über diese Stellen Savigny, S. 428. Wetzell, S. 435. Not. 85. — Von jeher wurde die L. 17. cit. nur dadurch gerechtfertigt gefunden, daß, weil injuria gegen den Exzipienten (opposita ea) erkannt worden sei, der Anspruch ex emto erhalten bleibe; Gloss. ad h. l.; oder dadurch, daß die exc. tendit ad alium effectum; Bart. und Bald. in h. l.; kurz, man machte, wie auch Baldus erklärt, eine wahre Ausnahme von der sonstigen Judikatswirkung.

§. 11.

4. Ergebnisse des Bisherigen.

Was der Sentenz ihre wahre Bedeutung gibt, sind die thatsächlichen Prämissen. Der blanke Nachweis derselben Rechtsfrage, wenn auch unter den nemlichen Personen, würde höchstens zu dem Begriff des Rechtspräjudizes führen. Rechtskraftswirkung ist nur da, wo ein konkretes Rechtsverhältniß, also ein Rechtsverhältniß auf Grundlage der thatsächlichen Prämissen, als gerichtlich entschieden, einem andern konkreten Rechtsverhältniß gegenüber geltend gemacht wird.[1] Es kommt für den Judikatseffekt freilich wie ich früher sagte, auch darauf an, wie weit sich die rechtliche Entscheidung erstreckt.[2] Was die Dezisive nicht ergreift, wird nicht zum Judikat, und wenn es zehnmal thatsächlich festgestellt wäre. Es muß also zu der thatsächlichen Feststellung noch etwas hinzukommen, die pronuntiatio, der formale Abschluß, oder die formale Konsequenz, welche der Richter in der Dezisive zieht. Allein die Auslegung ihrer Bedeutung, die Beurtheilung ihres objektiven Werths hängt von dem Karakter des ganzen Verfahrens ab und ist mithin, da in dem letzteren die reale Wahrheit der leitende Gesichtspunkt ist, Sache der logischen Folgerung.[3]

Der Hauptentscheidungsgrund für die Beurtheilung der Sentenz ist immer die Natur des Prozesses. Fassen wir dasjenige, was wir, in das Detail verschiedener Verhältnisse eingehend, als Resultat gewonnen haben, zusammen, so sind es zwei Dinge, welche den römischen Prozeß von dem späteren unterscheiden und auszeichnen. Einmal das Prinzip der materiellen Wahr-

---

1) Es ist daher ganz richtig, wenn das röm. Recht, wie in §. 5 ausgeführt wurde, nur diejenige Sentenz der Rechtskraft fähig erachtet, welche in der Thatfrage entscheidet.

2) Wetzell, S. 439 a. E. S. oben §. 6.

3) Beispiele der letztern in juristischen Dingen führt in ziemlicher Zahl Cic. top. c. 2—4. an.

heit, und zweitens das Streben nach möglichst umfassender Erörterung und Erledigung des Streites.[4] Beide Momente stehen, wie sich leicht der Betrachtung ergibt, in innigem Zusammenhang. Das Streben nach materieller Wahrheit kann keine beschränkte, stückweise Behandlung des gegebenen Stoffs dulden; es ist seines Zieles nur dann sicher, wenn gründlich der ganze Stoff zusammengefaßt wird.

Von dieser Richtung ergaben sich im Verlaufe der Darstellung überall unzweifelhafte Zeugnisse. Dahin gehört die Behandlung der exc. dilatoriae, der plus- und minuspetitio und dergl., und was sonst bei der Schilderung des Judizialverfahrens hervorgehoben wurde. Die gleiche Tendenz bewährte sich in dem Abschnitt von dem Gegenstand des gerichtlichen Anspruchs;[5] sie ist auch das entscheidende Prinzip für die Beurtheilung des Klaggrundes. Alles, was dazu gehört, selbst die wichtigen Präjudizialfragen, die Inzidentpunkte, der Thatbestand im Ganzen und in seinen einzelnen Bestandtheilen, wird durch das judicium entschieden.[6] Die allgemeine Intention der dinglichen Klagen (sine adjecta causa),[7] der gestattete Wechsel in der rechtlichen Folgerung bei Personalklagen,[8] dies Alles deutet auf den nemlichen Punkt hin.

Schon hiernach ergibt sich, daß die umfassende Wirkung der Sentenz auf diesem Boden naturwüchsig ist. Nicht blos, daß das Prozeßrecht zufällig oder aus äußerlichen Gründen beliebte, den Grundsatz möglichst umfassender Erörterung anzunehmen. Es mußte ihn annehmen. Denn dieser Grundsatz entspricht vollkommen der Natur der Sache; so sehr, daß selbst jene Konsequenzen, welche nach der Idee des heutigen Prozeßrechts als offenbare Härten erscheinen, ihre gute Berechtigung haben.

---

4) Vgl. §. 2.
5) §. 7 in der Mitte.
6) §. 8 g. E.
7) §. 8 Not. 11. 12.
8) §. 8 Not. 31.

Der Grundsatz, daß das Judizium umfassend den ihm dargebotenen Stoff ergreift, war im römischen Recht keine Fiktion, sondern es war eine wirklich durchgeführte Thatsache, daß die reale Wahrheit des ganzen Thatbestandes erörtert wurde. Nichts war weniger eine formalistische Liebhaberei, als dieses Prinzip. Wie ihm die Römer ohne Verletzung des materiellen Rechts gerecht wurden, ist eine zu lehrreiche Erfahrung, als daß sie nicht der näheren Erläuterung verlohnte.

Gesetzt, es will Jemand eine Klage anstellen, welche einen verwickelteren Thatbestand, bezüglich des Gegenstandes, der Legitimation zur Sache u. s. w. voraussetzt, so räth ihm die Verhandlungsmaxime, bald recht viel, bald recht wenig zu behaupten. In den Zügen und Gegenzügen des Formalprozesses[9] ist bald das eine, bald das andere Kautel. Wer weiß, was man braucht? Zumal, wenn es nur auf juridische Wahrheit ankommt. Wie hart, oder geradezu ungerecht erscheint es nun, wenn die formale Sentenz, welche nur auf formale Behauptungen basirt, selbst in den Nebendingen, Folgen produziren soll, welche nur dann materielles Recht sind, wenn sie der wirklichen Wahrheit entsprechen.

Im römischen Prozeß hatte der Streitende nur eine einzige Rücksicht zu nehmen; nemlich die, daß er die ganze materielle Wahrheit und nur die Wahrheit des Sachverhalts vor Gericht brachte. Das römische Recht konnte, weil es allein materielle Wahrheit üben wollte, schon darum jeden Nachtheil demjenigen aufbürden, der nicht dieser Wahrheit getreu blieb, während der Verhandlungsprozeß in tausend Fällen es weder löblich, noch klug nennt, die ganze Wahrheit, oder nur die Wahrheit zu behaupten. Der Prozeß, welcher nur juridische Wahrheit verfolgt, kann die Streitenden nicht an die reale Wahrheit bannen; der Prozeß, welcher nur reale Wahrheit kennt, thut dies von selbst. Diesen Unterschied in der ganzen Stimmung des Pro-

9) Der römische Formelprozeß war nichts weniger als ein Formalprozeß.

zesses darf man nicht übersehen, wenn man die einzelnen Gestaltungen richtig beurtheilen will. Von hier aus verschwinden die überstrengen Formalismen, welche man im römischen Prozeß zu finden glaubt, vollständig.

Ich habe oben [10] schon ausgeführt, warum die Grundsätze der plus- oder minuspetitio keineswegs als Willkühr und ebensowenig als Härte erscheinen. Dasselbe gilt, wie sich nun ohne Mühe ergibt, auch von den Folgen der exc. dilatoria. Wir sahen, daß die in jure schon liquide, des Beweises nicht bedürftige exc. dil. keineswegs eine den Klaggrund konsumirende Sentenz des Prätors hervorruft. [11] Anders, wenn der Kläger, dem in jure die dilatorische Einrede schon angekündigt wurde, dennoch seine Sache in judicium deduzirt. [12] Er muß mit sich zu Rathe gehen, ob die behauptete Exzeption auf Wahrheit beruht, oder nicht. Verlangt er das Judizium und die Exzeption wird bewiesen, so ist die definitive Zurückweisung der Klage zunächst deshalb logisch nothwendig, weil über deren Grund erst erkannt werden muß, ehe die dilatorische Einrede ihre Wirkung thun kann, [13] und weil es rechtliche Regel ist, daß nur einmal de eadem re geurtheilt werden kann. Die definitive Zurückweisung ist aber auch billig, weil den Kläger, welcher gegen die Wahrheit und gegen die Abmahnung des Gesetzes, die drohende exc. dilatoria leugnend, das Judizium beschritten hat, mit Recht diese Folge seiner Unwahrheit trifft.

Daß so die Römer dachten, erhellt daraus, daß, wo die Unterstellung einer absichtlichen oder verschuldeten Unwahrheit des Klägers nicht zutrifft, wo vielmehr bei dem Mangel einer Verschuldung jene Konsequenz zur formalen Härte werden würde, die i. i. r. bereitwillig nachhilft. [13a]

---

10) §. 7. Not. 45 u. weiter.
11) §. 5. Not. 38 ff.
12) §. 2. Not. 26.
13) §. 2. Not. 19 ff.
13a) L. 2. h. t. 44, 2. — L. 15. de O. et A. 44, 7.

Der innere Mechanismus des römischen Prozesses zur Verwirklichung der materiellen Wahrheit ist bewunderungswürdig und mustergültig, auch für alle deutsche Prozeßordnungen der Zukunft. Die Verhandlungsmaxime weiß sich nur einen Gegensatz: die Inquisitionsmaxime. Ein Jurist der alten Schule, den man etwa überzeugen konnte, daß der Civilprozeß materielle Wahrheit liefern müsse, fand dazu nur den einen Weg der starren Inquisition. Der Richter hat alsdann, wie im Strafprozeß, die vollständige Wahrheit von Amtswegen zu ermitteln. Die Parteien werden dadurch zu passiven Zuschauern, wie im Beweisverfahren des reinen Verhandlungsprozesses der Richter passiver Zuschauer ist. Warum nur diese Alternative gestellt wird, mag hier unerörtert bleiben; genug, daß dem, wie die Geschichte des preußischen Prozesses beweist, so ist. Unter solchen Konjunkturen das Prinzip der materiellen Wahrheit annehmen, heißt die Selbstthätigkeit und den Privatwillen der Parteien ausschließen, ein Opfer, das im Civilprozeß, welcher dadurch zur Justiz von Staatswegen wird, zu theuer erscheint.

Den Mittelweg, den das römische Recht vorzeigt, hat man noch wenig beachtet. Er ist folgender. Der römische Civilprozeß will reale Wahrheit. Die Parteien sind also von vorn herein aufgefordert, diese zu ihrem Zielpunkt zu machen.[13b] Aber, wenn sie dies nicht thun? Soll nun der Richter im inquisitorischen Wege, mit direkten Zwangsmaßregeln, mit Mißachtung des privatrechtlichen Karakters des Civilprozesses und des freien, von Richter und Gesetz zu achtenden Willens der Streittheile die Wahrheit suchen? Nimmermehr; so konnte das römische Recht nicht wollen. Wie nöthigt man aber nun auf andere Weise die Parteien, am Besten zu dem Zweck der realen Wahrheit mitzuwirken, das heißt, vor allen Dingen der richterlichen Kognition den vollständigen thatsächlichen Stoff zu liefern? Sehr verständig durch die umfassende und definitive Wirkung des Judikats, welche von der Unterstellung realer Wahrheit ausgeht.

13b) Vgl. überh. §. 2. z. A.

Es liegt auf der Hand, daß der Kläger, wenn er weiß, daß seine Vindikation definitiv über die Eigenthumsfrage entscheidet, sich sagen muß, daß er in seinem eigenen Interesse Alles herbeischaffen muß, was den Richter zu seinen Gunsten überzeugen mag. Dazu wird von der Gegenseite ebenso der Verklagte genöthigt. An vielen Beispielen würde das Gleiche nachzuweisen sein. Ich kann mich darauf beschränken, die Folgerung auszusprechen. Die umfassende und definitive Wirkung der Sentenz ist das wahrhaft privatrechtliche Mittel, welches die Parteien antreibt, selbstthätig den Stoff der richterlichen Kognition vollständigst herbei zu schaffen; also das Mittel, welches die inquisitorischen Handlungen des Richters ex officio thunlichst erspart, der sog. Inquisition desselben die gehässige Spitze abbricht.

Aber damit noch nicht genug. Es wäre schon ein Widerspruch gegen den Privatrechtsgedanken gewesen und hätte die Freiheit des Willens verletzt, wenn solchergestalt, wiewohl nur durch ein privatrechtliches Mittel, aber doch immer die Partei genöthigt werden sollte, den thatbestandlichen Stoff umfassend und definitiv erörtern zu lassen. Wenn nun die Parteien nicht das ganze Objekt in seinem vollen Umfang so in den Streit ziehen wollten, wie es die Regel gebot? Wir haben oben gesehen, welches Mittel ihnen an der erforderlichen Stelle durch die conceptio formulae in factum zur Verfügung gestellt wurde.[14]

Und wenn die Parteien nicht den Klaggrund nach jeder rechtlichen Richtung hin erschöpfen, vielmehr nur eine derselben verfolgen, im Uebrigen aber sich die Benutzung desselben thatsächlichen Fundaments offen halten wollten? Konnte ihnen das verwehrt sein? Gewiß nicht. Für diesen Fall half die Präskription der Klage. Diese ermöglichte nicht blos die wiederholte Benutzung der eadem res, auf deren Grund hin fällige Leistungen eingeklagt worden waren, zur Einklagung später fällig werdender;[15] sondern gewährte auch die Möglichkeit, die

14) S. §. 7. Not. 50.

15) Keller, §. 58. S. oben §. 2. Not. 18.

res nur in einer bestimmten Richtung in judicium zu bringen und so der völligen Konsumtion vorzubeugen,[16] welche eintrat, sobald ea res ohne Beschränkung der Kognition unterworfen wurde.[17]

Das Letztere galt immer als die Regel. Jene Mittel waren nur Aushülfsmittel, welche eben die Regel umsomehr befestigten. Wenn man dem Kläger, der sich aus irgendwelcher Ursache veranlaßt fühlte, die umfassende, ein für allemal erste und letzte Erörterung der res, auf welche hin er Ansprüche erhob, zu vermeiden, die Wege dazu eröffnete, so konnte mit um so größerem Fug unterstellt werden, daß er wirklich Alles, was er überhaupt vermochte, in der rechtlichen Deduktion und im Beweise leisten werde, wenn er das Gericht zur unumschränkten Kognition aufforderte.

Das Urtheil und das Verfahren in judicio stehen in beständiger Wechselwirkung. Der Umstand, daß die Kognition eine möglichst umfassende, endgültige ist, gibt dem Urtheil jene weitgreifende und intensive Bedeutung, die dem Verhandlungsprozeß ewig fremdartig dünkt. Die definitive und umfassende Wirkung der Sentenz aber, welche jedesmal in Aussicht ist, wo ein judicium stattfindet, veranlaßt, ja drängt die Parteien, allen tauglichen Stoff herbei zu bringen, welchen sie anschaffen

---

16) Gai. IV. 131. Keller, §. 59. — Debemus praescribere: ea res agatur de fundo mancipando, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradendo (fundo) agere possimus.

17) Gai. l. c. in fine. Diese Präskriptionen mußten sich erhalten, während die auf einem ganz andern Gesichtspunkt beruhenden Präskriptionen des Verklagten in die exc. praejudicii übergingen. Gai. IV. 133. Denn die Präskriptionen des Verklagten konnten nicht eine Beschränkung der vom Kläger umfassend in judicium zu bringenden res herbeiführen. Da die materielle Wahrheit gesucht wird, so kann und muß sich der Verklagte die umfassendste Erörterung gefallen lassen. Seine Präskription hatte nur den Zweck, die gründliche Erörterung der ihm präjudizirlichen Punkte zu veranlassen. S. §. 8. Not. 98. 99.

Faktisch tritt dieselbe Wirkung, als ob sich der Kläger einer Präskription bedient hätte, ein, wenn die actio in rem wegen Nichtbesitzes des Verklagten abgewiesen wird. S. §. 8. Not. 40 ff.

können, und ermöglicht so, daß die Unterstellung der umfassenden Prüfung, auf der die rechtliche Ansicht von der Sentenz ruht, zur Wahrheit wird.

Von diesen Gesichtspunkten aus muß die römische Sentenz betrachtet werden, wenn man ihre innere Bedeutung erkennen will. Ohne absolute inquisitorische Thätigkeit des Richters durfte vorausgesetzt werden, daß demselben der ganze faktische Stoff durch die Parteien selbst zu Gesicht und zu Gehör kommt. Der im Civilbeweisverfahren gezogene Wahrheitschluß konnte daher dieselbe Geltung beanspruchen, welchen wir heut zu Tage nur dem Straferkenntniß beilegen mögen. Es muß darnach vollkommen verständlich werden, daß die römische Sentenz, welche das Recht des Vindikanten, der sine expressa causa geklagt hat, anerkennt, ausspricht, daß er wirklicher Eigenthümer sei und daß der Verklagte gar kein Recht an der Sache habe. Denn, was die Frage, rem actoris esse oder non esse, betrifft, hatte der eine und der andere Theil das höchste Interesse, Alles und Jedes herbei zu schaffen und sein Bestes zu thun, um die Ueberzeugung des Richters zu gewinnen. Die dem Kläger günstige Sentenz über die persönliche Klage stellt in der That fest, quidquid ex ea re dare facere oportet reum. Diese res kann daher nicht noch einmal benutzt werden.

Noch drastischer, aber ebenso begreiflich sind die Wirkungen der absolutorischen Sentenz.[18] Diese verkündigt, wo die Klage nicht durch conceptio in factum, praescriptio oder expressio causae beschränkt worden war, mit vollem Recht: reum ex ea re nihil debere, actoris non esse rem. Wo der actor vermuthlich, weil durch die Aussicht des Erfolgs aufgefordert, auf jede mögliche Weise darzuthun gesucht hat, reum debere ex ea re, oder rem suam esse, kann das Urtheil, welches ausspricht, daß der Richter nicht überzeugt worden ist, nicht mehr von der blos formellen Seite her betrachtet werden. Es

18) S. §. 8. Not. 36 ff.

enthält vielmehr den Ausspruch, daß der actor sein Recht nicht bewiesen hat und nicht beweisen kann; folglich zugleich den positiven Ausspruch, daß dem Kläger das angesprochene Recht in der That positiv nicht zusteht. Und es ist wohl begreiflich, daß unter solchen Verhältnissen die Sentenz, rem actoris non esse, nicht blos abweist, sondern auch dem Verklagten eine Rechtsanerkennung gewährt, welche heute leicht sonderbar erscheint. Es ist ferner begreiflich, daß die Sentenz, welche die actio ex mandato zurückweist, nicht blos diese, sondern jede condictio, actio neg. gestorum ex eadem re trifft, weil sie ausspricht, reum ex ea re nihil debere; und daß umgekehrt der Spruch, rem actoris esse, weil er besagt, daß der Kläger sein Eigenthum wirklich dargethan hat, leicht über die Parteien hinaus wirkt.[19]

Man sieht also, wie immer die Sentenz in ihrer rechtsentscheidenden Eigenschaft von dem thatsächlichen Inhalt des Judiziums getragen wird. Man kann geradezu sagen, daß die Dezisive als solche gerade so weit jus macht, als sie bezeugt. Wenn dem römischen Richter eine Sentenz des Inhalts, rem actoris esse, vorgelegt wurde, so bezeugte sie direkt das Eigenthum des Klägers. Denn nach stattgehabter umfassender Kognition hatte es so der frühere Judex für wahr befunden. Wenn demselben eine Sentenz, rem actoris non esse, vorgelegt wurde, so gab diese dem gewesenen Verklagten ein positives Recht dem früheren Kläger gegenüber; denn sie bezeugt, daß der letztere Nichteigenthümer sei. Die bezeugende und die rechtlich verbindende Wirkung fallen also vollständig ineinander. Daß die Sentenz als Zeugniß ein Urtheil bezeugte, daß das kein Zeugniß sei, was bezeugt, rem actoris esse, ohne die thatsächlichen Prämissen anzugeben, wird man dem römischen Recht nicht einwenden.[20] Jedermann konnte noch annehmen, daß es wirklich und unbedenklich wahr sei, wenn der Judex einfach bezeugte, rem

---

19) Da sie gleichsam damit besagt, alius non esse.

20) S. §. 4. Not. 1. 3.

actoris esse, anstatt actorem rem ex emto vendito traditam accepisse et per decem annos bona fide possedisse u. s. w.

Die Methode der Ermittlung, was die Sentenz bezeugt und was sie rechtlich entscheidet, ist, da beides in untrennbarer Verbindung steht, ganz die nemliche. Damit wird freilich nicht behauptet, daß die Sentenz nur soweit bezeugt, als ihre rechtlich entscheidende Kraft reicht. In dem Beweissystem der freien Logik kann die Sentenz als Wahrheitsargument benutzt werden, wie sie will; also auch nach jedem Punkt hin, an den die rechtliche Wirkung nicht mehr reicht. So kann z. B. die Sentenz, welche das Eigenthum des Cajus anerkennt, als logischer Stützpunkt dafür benutzt werden, daß ein Dritter die Sache nur als Mandatar, Kommodatar u. s. w. besitzt; oder aus der Sentenz, daß Titius das Haus gekauft hat, daß er auch den Garten gekauft hat; obwohl rechtlich die frühere Sentenz gar keinen Einfluß hat. Allein, wo es darauf ankommt, zu erkennen, welche Bedeutung die Dezisive an und für sich hat, muß gerade so zu Werke gegangen werden, wenn gefragt wird, wie weit sie bezeugt, als wie, wenn gefragt wird, wie weit sie entscheidet.

Die Prüfung des objektiven Umfangs der Sentenz ist, weil die Sentenz auf der freien Logik der Beweiskognition ruht, wieder Sache der freien Logik. Dies bestätigte sich in allen den Richtungen, in welchen die Frage des objektiven Umfangs geprüft worden ist. Mit innerster Nothwendigkeit ist es dieselbe similitudo rei, dieselbe eadem quaestio, welche die Anwendbarkeit der früheren Sentenz als direktes Zeugniß, und als Judikat auf den späteren Fall bedingt. Was die Rhetoren als Merkmale dieser Zeugnißfähigkeit aufstellen, haben die Juristen als Merkmale des Judikatseinflusses.

Dies hat sich an der Betrachtung des Gegenstandes, des Klaggrunds, der rechtlichen Beziehung, des genus actionis, der Parteirolle, kurz an allem Bisherigen erprobt. Es wird sich unten ergeben, daß sogar die subjektive Beziehung, die Verschiedenheit der Subjekte, der Identität des Thatbestandes in gewissem Sinn nachsteht. Der Thatbestand, die res, ist es, wor-

über die Sentenz eigentlich entscheidet; die Entscheidung der res ist ihre eigentliche Funktion, die Gleichheit der res mithin auch die Grundlage der alten Regel: ne bis de eadem re agere liceat, jener Regel, die so alt ist, wie die Nothwendigkeit endgültiger Beendigung des Streites.[20a] Ueberall zeigt sich, daß vernünftigerweise keine völlige Kongruenz beider Fälle in allen ihren Theilen erfordert werden kann, um die in dem ersteren gefällte Sentenz zu benutzen. Es ist vielmehr immer Sache der verständigen logischen Anschauung, zu erkennen, was in dem ersten Fall thatbestandlich festgestellt worden ist, und der verständigen logischen Vergleichung, in welche Beziehung diese Feststellung im Ganzen oder in einzelnen Punkten zu dem dem zweiten Fall unterliegenden Thatbestand tritt.[21]

Die Bedeutung der Entscheidungsgründe braucht hiernach kaum noch berührt zu werden. Die Frage, ob diese rechtskräftig werden, hat neben den bisherigen Betrachtungen schon an sich keinen Sinn.[22] Ob man am Ende sagen will, daß die Dezisive in der Bedeutung, welche die Entscheidungsgründe ergeben, oder die Entscheidungsgründe in der Bedeutung und dem Resultat, welches die Dezisive enthält, rechtkräftig werden, ist ein bloßer Namensstreit. Immer kommt es auf die „Elemente des Urtheils"[23] an. Worin diese bestehen, habe ich ausgeführt. Die Grundlage der Rechtskraft ist das Urtheil über die reale Wahrheit des streitigen Verhältnisses.

20a) Vgl. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 2. §. 78. Not. 1.

21) Vgl. bes. §. 8. Not. 112.

22) S. auch Wetzell, S. 440.

23) Savigny, S. 358. — Ueber die Vorschriften der Kanonisten bezüglich der Entscheidungsgründe s. Durant. II. 3. de sent. §. 5. nr. 12 ff.; auch hier war Alles rein formell. S. z. B. Alex. Tart. cons. VI, 113 nr. 28 über die Frage: si judex ex duabus causis pronuntiat, quarum una tantum facit ad causam. Cyn. in L. 13. §. 9. Cod. de jud. 3, 1. — Vgl. damit Seuffert, Bd. 1. Nr. 367; Bd. 2. Nr. 250. Bd. 5. Nr. 236. Bd. 8. Nr. 99. 171. Bd. 10. Nr. 295. über die sehr verschiedenen Ansichten der Praxis.

Was bewiesen ist, und nach der Natur des Prozesses bewiesen sein kann, ist allemal der Hauptgrund der sententia pronuntiata, und das, was ihr den rechten Inhalt gibt.[24]

Man kann wohl sagen, daß die objektive Identität, weil sie ebenso für die logische Beweiswirkung, wie für die rechtliche Judikatswirkung bestimmend erscheint, der Lehre von der Sentenz noch gar kein karakteristisches Gepräge gibt. Zu einem geschlossenen Rechtsinstitut, wird sie erst durch die Art und Weise, wie ihr subjektiver Umfang bemessen wird.

Bisher habe ich diesen letztern möglichst unberührt gelassen. Er hat in der That mit dem objektiven Umfang keinen nothwendigen Zusammenhang. So, wie sich nach unseren Erfahrungen der objektive Umfang der Sentenzwirkung ergab, würde sich a priori darüber noch debattiren lassen, wie weit sich diese Wirkung subjektiv erstrecken soll. Für die beweisende Seite ist diese Frage von vorn herein entschieden. Dieselbe reicht so weit, wie die Logik. Es gibt keine subjektiven Beschränkungen der Zeugnißkraft. Jeder Partei, jedem Richter kann die Sentenz als Wahrheitsargument dienen. Dafür muß sie aber auch nicht als unumstößliche Wahrheitsfeststellung betrachtet werden. Jeder Richter, jede Partei kann deduziren, daß die Sentenz als Zeugniß Nichts taugt.

Wie nun mit der Rechtswirkung der Sentenz? Dieser war gleichsam eine Alternative geboten. Entweder mußte auch die Rechtswirkung wandelbar, keine unumstößliche sein, oder man konnte sie zur definitiven, überall zu respektirender Rechtsordnung erheben.

Das erstere wäre unerträglich gewesen; alsdann hätte ja das Urtheil nicht einmal inter partes eine definitive Rechtsordnung hergestellt. Das Urtheil sollte doch dem Streit ein endgültiges Ziel setzen. Dieses Bedürfniß war unabweislich.[25]

---

24) Cf. L. 17. h. t. L. 9. pr. L. 18. eod. 44, 2. L. 1. §. 1 2. quae sent. sine appell. 49, 8. L. 2. Cod. quand. prov. non est nec. 7, 64.

25) L. 6. h. t. 44, 2.

Wenn es nun darauf ankam, ein definitives Ende des Streites herbeizuführen, hätte man nicht bestimmen können, daß die Sentenz als unumstößlicher Rechtssatz gegen Jedermann gilt? Damit hätte man gegen die wichtigsten Grundsätze verstoßen. Man hätte damit die freie Logik der Beweisargumentation erstickt; denn jede Sentenz wäre solchergestalt eine formale öffentliche lex geworden. Man hätte den Privatrechtsgedanken vollständig verleugnet. Ohnehin war dies doch vernünftigerweise nur denkbar, wenn keine Kollusion, keine Kontumazia, nur sichere reale Wahrheit in jeder Sentenz gefunden werden konnte; wenn nie der Richter irrig oder unvollständig urtheilte, kurz, wenn man, was nie den Römern einfiel, mit einer Rechtsvermuthung der Legalität oder einer sonstigen Fiktion sich über die Möglichkeit der Unwahrheit hinaussetzte.

Die Wandelbarkeit des Urtheils, ne diversa pronuntiarentur, und die Unumstößlichkeit desselben, ne omnibus jus faciat, waren also, ohne Unterscheidung durchgeführt, gleich unmöglich. Auf eine bewunderungswürdige Weise vermied die Theorie der römischen Juristen beide Klippen.

Die subjektive Beziehung des Judikats, welche Alles bei dem natürlichen Recht erhält und doch der definitiven Beendigung des Streites gerecht wird, ist ihr großes Verdienst.

5. Subjektiver Umfang.

§. 12.

a. Der Beweiswirkung.

Die Sentenz ist ein Zeugniß darüber, daß der Richter für wahr, und zwar nach römischem Recht, für materiell wahr, erkannt hat.

Wo die Wahrheit ohne gesetzliche Beweisregeln geprüft wird, kann die Fähigkeit, ein derartiges Zeugniß zu liefern, nicht auf bestimmte Personen beschränkt werden. Logische Folge-

rung ist es, was die Sentenz beweist, und das ist für die Beweiswirkung die Hauptsache. Logische Folgerung ist es ferner, zu würdigen, welchen Einfluß die Identität oder der Wechsel der bei der Wahrheitsfeststellung betheiligt gewesenen Personen äußert.

Wenn dieselbe Beweisfrage, derselbe streitige Thatbestand, welcher schon einmal untersucht und entschieden wurde, unter denselben Parteien und vor demselben Richter wiederkehrt, so wird die natürliche Logik nicht zweifelhaft sein, was sie zu thun hat. Sie wird, vorausgesetzt, daß eine gründliche Prüfung bei der früheren Gelegenheit stattgefunden hat und daß jetzt nicht etwa Neues gebracht wird, einfach bei dem dort gewonnenen Resultat beharren. Der Richter, der nur menschlich überzeugt sein muß, würde in den meisten Fällen eine Thorheit zu begehen glauben, wenn er das, wovon er sich schon überzeugt hat, noch einmal wollte bewiesen sehen.

Dies erscheint schon fraglicher, wenn dieselben Parteien vor einem andern Judex über die Wahrheit des bereits von einem andern festgestellten Faktums streiten. Ob der neue Judex der Feststellung seines Kollegen vertrauen will, ist doch eine andere Erwägung, als die, ob er seiner eigenen trauen soll.

Allein dieser Zweifel hat, wie ich oben schon bemerkte, wenig auf sich, wenn das Gefühl des gemeinsamen Strebens nach materieller Wahrheit alle Richter beherrscht.[1] Der Richter kann sich auf das Wahrheitszeugniß in der Regel verlassen.

Indessen, es bleibt immer möglich, daß der zweite Richter, weil ihm das Verfahren, oder die Person des früheren Richters Bedenken erregt, oder aus irgend einem andern Grunde sich durch die Sentenz nicht überzeugt fühlt. Wo keine Beweisregel bindet, steht ihm dies unbedingt frei. So wenig aber die gesunde Vernunft dagegen Etwas einwenden mag, daß der zweite Richter die Sentenz für nicht überzeugend erklärt, wo er dazu guten Grund hat, ebensowenig läßt sich verkennen, daß es

1) S. §. 4. Not. 5. 6.

unerträglich wird, wenn der zweite Richter grundlos an der Sentenz mäkelt und durch deren Nichtbeachtung das Interesse der Parteien, wie das Interesse der Gesammtheit an der definitiven Beilegung der Streitigkeiten verletzt.

Auf diesen Rücksichten beruht es, daß der Sentenz inter easdem personas eine endgültige Rechtswirkung, welche die wiederholte Prüfung der materiellen Wahrheit erspart, beigelegt wurde. Insoweit als diese reicht, verschwindet die natürliche Beweiswirkung.

Aber es ist sehr falsch, anzunehmen, daß mit dieser Wirkung als res judicata die Wirkung der Sentenz beschlossen wäre. Ueberall sonst kann die letztere noch als Wahrheitsargument gelten. Jeder beliebige Dritte mag aus der Thatsache, daß ein beliebiges Judizium sich von der Wahrheit überzeugt hatte, argumentiren, wo und wie er es dienlich erachtet. Jeder beliebige Judex mag aus einer beliebigen Sentenz Ueberzeugung nehmen, wenn er es nur nach Logik und Gewissen kann.

Wo sie nicht mehr rechtsverbindliches Judikat ist, kann die Sentenz immer noch logisches Wahrheitsargument sein; nur in so weit, als sie zum Judikat wird, ist die natürliche Beweiswirkung versagt oder, besser gesagt, erübrigt.

Von dieser ausgedehnten faktischen Wirkung der Sentenz, der die ganze Welt offen stand, will die spätere Lehre Nichts wissen. Die legale Beweistheorie hindert diese Geltung. Und doch ist sie die breite Basis auch der Rechtswirkung. Man mag nur den Unterschied ermessen, der darin liegt, daß ich die Anerkennung meines Eigenthums oder meiner Forderung als Ausdruck der Wahrheit gegen Jeden geltend machen kann, während die herrschende Lehre als Regel annimmt, daß für den Richter die nicht inter easdem personas, sei es auch von ihm selbst, gefundene Wahrheit nicht existirt. Hier liegt die Quelle der Unzuträglichkeiten, gegen welche sich die verständigere Praxis oft wehren möchte, aber nicht wehren kann, so lange sie an die Beweisregel, daß die Sentenz nicht weiter beweist, als sie obligirt, gebannt ist.

b. Der Rechtswirkung.

§. 13.

aa. Die Regel.

Die elastische Beweisfähigkeit der Sentenz reichte bei aller vermuthlichen Solidarität der Rechtssprechung den Römern nicht aus, das Bedürfniß nach definitiver Erledigung des Streites zu befriedigen. Dieses Ende führt erst die Rechtskraft, die res judicata, herbei;[1] aber doch nur in relativer Weise.

Hätte man daran denken können, die Sentenz absolut gelten zu lassen, auch jedem Dritten gegenüber, so hätte sich keine andere Rechtfertigung dafür gefunden, als die Idee, welche dem heutigen Strafurtheil die unbedingte Kraft der Wahrheit beilegt.[2] Die Verurtheilung von Staatswegen gilt gegen Jedermann. Gleiche Geltung der Civilsentenz hätte im Privatrecht eine öffentliche Obligation, das pronuntiirte Recht anzuerkennen, geschaffen. Und dies war wiederum nur möglich, wenn in jeder Civilsache die Wahrheit im öffentlichen Interesse, in vollendeter Inquisitionsmaxime, mit Ausschluß jeder Parteiendisposition — denn wie hätte das irgendwie auf dispositiven Handlungen beruhende Urtheil gegen jeden Dritten als Wahrheit gelten können? — gefunden wurde. Daß das römische Recht die freie Bewegung und Selbstthätigkeit der Parteien nicht vernichten konnte, versteht sich von selbst.

In diesem Dilemma ergab sich der glücklichste Ausweg. So wenig man die möglicherweise aus dem Privatwillen der Streitenden hervorgegangene Sentenz Allen zur lex machen durfte, so nahe lag es, dieselbe als rechtsverbindliche lex der

---

1) L. 6. L. 7. §. 4. h. t. L. 1. de re jud. 42, 1. cf. tit. Cod. 7, 56 und 60.

2) Bart., Bald., Ant. de Butr., Alex. Tart., alle sagen, daß die sententia in criminosum jus facit contra eum ubicunque terrarum; und die sententia pro eo jus contra omnes. Zas. in L. 63. de re jud. 42, 1. nr. 76 sqq.

Parteien, welche, wenn nicht deren alleinige Schöpfer, doch deren wesentliche Miturheber sind,[3] zu betrachten. Sententia jus facit inter partes. Die Quasikontraktseigenschaft ist die reine Konsequenz und der Schlußstein des Grundgedankens, der den ganzen Prozeß beherrscht. Die unbeschränkte Möglichkeit des Beweiseffekts und die beschränkte Nothwendigkeit der Rechtswirkung ergänzen sich.

Für den ersteren kommt Alles auf die Realität der Wahrheit an, für letztere ist diese eine Nebensache. Wie bei der stipulatio wenigstens nicht mehr unmittelbar gefragt wird, ob der promittens aus einer vorangegangenen wahren causa wirklich zu stipuliren brauchte, ebensowenig bei dem Judikat, ob der Verurtheilte oder Abgewiesene dieses Loos in Wahrheit verdient hat. Die Parteien haben das Urtheil gewollt;[4] darum gilt es für sie eben so bindend, wie der rechtsgültig perfekte Vertrag.

Weil es ein Quasikontrakt von privatrechtlicher Natur ist, gibt es aber folgeweise auch keine Benutzung des Judikats von Amtswegen; denn dies ist selbst da nicht der Fall, wo es ipso jure wirkt.[5] Dagegen hindert Nichts den auf seine Ueberzeugung gestellten Richter, den Wahrheitseffekt irgend einer Sentenz lediglich auf Grund eigener Kenntniß zu benutzen. Ja, er wird, weil er auf seine beste Einsicht verwiesen ist, gar nicht umhin können, dies zu thun.

Die Sentenz obligirt die Parteien; mithin kann insoweit die Beweiswirkung nicht mehr in Frage kommen. Die Rechtswirkung tritt an die Stelle der materiellen Wahrheit und deren Bezeugung in der Sentenz. Dieser Sinn der Regel: res judicata pro veritate accipitur, ist schon oben hervorgehoben worden.[6] Es wäre grundfalsch, zu glauben, daß damit die

3) S. §. 3. Not. 9.

4) Daß dies keine blose willkührliche Fiktion ist, s. oben §. 3.

5) Keller, S. 204 ff. L. 9. pr. de jurej. 12, 2.

6) S. §. 3. Not. 13. Davon enthält L. 24. h. t. eine Folge. Der absolvirte Verklagte kann dem (wirklichen) dominus gegenüber sich auf

Idee der „juridischen" Wahrheit verbunden worden wäre; ja schon grundfalsch, anzunehmen, daß den Römern die materielle Wahrheit der Sentenz, deren Prüfung vor der Rechtswirkung allerdings formell in den Hintergrund tritt, gleichgültig gewesen sei.

Die ganze Ausbildung des subjektiven Umfangs der res judicata lehrt im Gegentheil deutlich, wie sehr man bemüht war, auch das Surrogat der Wahrheit mit der realen Wahrheit in jenem Einklang zu erhalten, den wir bei der Untersuchung des objektiven Umfangs bethätigt sahen.

Als Quasikontrakt verbindet das Judikat an sich nur die Parteien als Kontrahenten;[7] so selbst dann, wenn es dingliche Rechte zum Gegenstand hat.[8] Die objektiv so strikte Wirkung der pronuntiatio, rem actoris esse oder non esse,[9] bleibt nicht minder auf die partes beschränkt, wie die Sentenz über Schuldverhältnisse.

Dies gilt für so nothwendig, daß durch die Sentenz über die Forderung, welche gegen einen Miterben eingeklagt worden ist, den andern Miterben nicht im Mindesten präjudizirt wird.[10] Nicht etwa aus Furcht, daß der Richter über diese Rate un-

---

auf das Judikat berufen (s. §. 10. Not. 4); zumal wenn der abgewiesene dominus die Sentenz nicht angefochten haben sollte. S. §. 15.

7) L. 1. 3. 7. §. 4. h. t. 44, 2. L. 2. Cod. quibus res jud. 7, 56. u. a. Stellen. Diesen Satz hat kein Schriftsteller je angezweifelt. Vgl. auch Keller, §. 44; Savigny, §. 301. Wetzell, S. 422. Bekker, proz. Cons. §. 16.

8) L. 63. de re jud. 42, 1.

9) S. §. 11 vor und nach Not. 18. — Der Grund, den noch Donell. in L. 63. cit. für den Satz, daß res judicata nur inter easdem personas wirkt, anführte, ist eben nicht die Quasikontraktsnatur, sondern, quia iniquum est, quemquam facto alieno onerari. Denselben Grund haben auch die älteren Italiener; cf. Bartol. und Jason ad L. 63. cit. Von der Glosse her entwickelte sich folgeweise eine künstliche Lehre, gestützt auf L. 63., inwieweit die scientia bewirken kann, daß die res judicata nocet.

10) L. 22. und bes. L. 29. pr. h. t. 44, 2. Keller, S. 538. Die Formelabfassung ist auch hier kein erklärender innerer Grund. Vgl. auch Savigny, S. 468. L. 63. de re jud. 42, 1. und unten §. 14. Not. 3. — Man vgl. damit L. 18. de interrog. in jure. 11, 1. S. unten §. 14. Not. 10.

richtig, unwahr urtheilte; wohl aber deshalb, weil ja möglicherweise der eine Miterbe seine Verurtheilung selbst, ohne Garantie der Wahrheit, durch Kollusion, oder sonst durch seinen Willen herbeigeführt hat. Wie kann daher die Sentenz die andern Erben verpflichten? Das hindert freilich nicht, — und darin liegt der große Unterschied von der heutigen Lehre, — daß, wenn der erste Richter dem einen Miterben gegenüber den ganzen Thatbestand gründlich untersucht hat, die Deduktion der anderen Miterben, oder ihres Gegners (Gläubigers), oder die Ueberzeugung des Richters, welcher über die andern Raten erkennen muß, sich jenes Spruchs vollkommen bemächtigt, ihn freiwillig, nemlich nur durch die Logik gezwungen, als Zeugniß verwerthet,[11] wo sie ihn als lex nicht verwerthen kann und nicht anzuerkennen braucht.

Insofern wird die oben berührte Theilbarkeit des Gegenstandes wichtig. Wenn die Theile eines (im juristischen Sinn) theilbaren Objekts so als selbstständige Objekte erscheinen, daß die Gesammtobligation gleichsam in mehrere Einzelobligationen zerfällt, so wird durch die Sentenz über den einen Theil der Klage auf den andern gewiß nicht präjudizirt.[12]

Dagegen ist es umgekehrt nothwendig, daß, wo ein Objekt untheilbar ist, mithin nur das Ganze eingeklagt werden kann, die gegen einen einzelnen von mehreren Schuldnern gerichtete Klage den ganzen Thatbestand und folglich die Klage gegen die andern konsumirt. Ebenso, wenn einer von mehreren Berechtigten in solchem Falle klagt.[13] Die präjudizielle Eigen-

---

11) Daß dies nach der legalen Beweistheorie nicht möglich ist, ist die Ursache, warum die neuere Praxis den Satz der L. 22. 29. cit. gern anzweifelt. Sie sieht immer die Möglichkeit zweier konträren Sentenzen, welche sie fürchtet. Die ältere Doktrin billigte jene Stellen vollkommen: denn der konsequenten Durchführung der „formalen" Wahrheit hat jene Möglichkeit entgegengesetzter Erkenntnisse gar nichts Schreckhaftes mehr. S. Paul. Castr. in h. l. u. dens., sowie Zas. in L. 63. de re jud. nr. 17.

12) Daß L. 7. pr. h. t. nicht auf das Gegentheil führt, s. oben §. 7. Not. 34.

13) L. 4. §. 3. 4. L. 19. si servit. vindicetur. 8, 5. L. 31. §. 7. neg.

schaft der Entscheidung ist hier unabweislich, nicht etwa wegen einer besondern Beschaffenheit der Sache, sondern weil, rein logisch betrachtet, wirklich der ganze Thatbestand in judicium deduzirt und entschieden worden ist.[14] Die res wird konsumirt. Selbst, wenn der eine Mitberechtigte oder Mitverpflichtete durch Kollusion oder Unrecht ein falsches Urtheil veranlaßte, können die andern das letztere nicht für unverbindlich erklären; sie haben nur einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Genossen;[15] eine in dem der materiellen Wahrheit entfremdeten Prozeß handgreiflich sehr bedenkliche Konsequenz.

Dasselbe muß auch bei andern untheilbaren Rechten gelten. Die Nothwendigkeit, wegen der Untheilbarkeit totam rem in judicium zu deduziren, versetzt, da sie die völlige Konsumtion zur Folge hat, den Kläger bei der Anstellung der Klage, die er nicht gegen mehrere Verklagte richten will, in die Lage der Wahl.

Die res, der Thatbestand, ist das Wesentliche. Nicht umsonst heißt das Organ der Rechtskraft exceptio, nicht judicati, sondern regelmäßig rei judicatae. Wir können daher die Folgen, welche sich aus der Zerstörung der res ergeben, nicht als Ausnahmen des Grundsatzes, daß das Judikat nur inter partes wirkt, betrachten. Sie sind vielmehr Konsequenzen der Hauptregel.

Wenn gegen einen ex duobus reis promittendi, oder von einem ex duobus reis stipulandi die ganze Obligation in das Judizium gebracht worden ist, so wird dadurch für die andern Judikat begründet.[16] Denn das Judikat greift die res an, löst sie auf, wie die Zahlung, die Akzeptilation, die Novation.[17]

---

gest. 3, 5; cf. L. 11. §. 1. 2. aq. pluv. arc. 39, 3. Savigny, S. 479. Wetzell, S. 424. Not. 30. Keller, §. 48. Nr. 2. Zas. l. c. nr. 87.

14) Vgl. die Ausführungen in §. 7. und 11. über die Theilbarkeit des Objekts und des Klaggrundes.

15) L. 20. com. div. 10, 3. L. 19. si serv. 8, 5. Savigny, S. 480.

16) L. 3. §. 1. de duob. reis. 45, 2. „quum una sit obligatio". — Bartol. in L. 60. de cond. indeb. nr. 4. Paul. Castr. ib.

17) L. 2. eod. 45, 2. L. 31. §. 1. de novat. 46, 2. L. 16. de accept. 46, 4.

An dieser Stelle muß auf dasjenige zurückverwiesen werden, was oben über die actiones adjecticiae qualitatis und die Noxalklagen gesagt wurde.[18] Dort ergab sich, daß, der Identität des Thatbestandes gegenüber, die verschiedene subjektive Beziehung des verfolgten Rechts von untergeordnetem Belang erscheint. Der eigentliche Thatbestand des verfolgten Anspruchs ist derselbe, mag er gegen den ursprünglichen Verpflichteten oder gegen den ex honoraria obligatione s. per adjectionem Mithaftenden geltend gemacht werden; daher die gegen einen von beiden gefällte Sentenz die Obligation des andern zerstört. Dieser Grund bestätigt sich hier noch in ausgedehnterem Maaße.

Das dem Hauptschuldner gegenüber ergangene Judikat wirkt auch auf die Bürgen.[19] Nicht etwa wegen der Formelfassung,[20] sondern weil die eigentlichen Bürgen correi sind,[21] weil also durch den einmaligen Verbrauch des Thatbestandes gegen den einen correus es unmöglich geworden ist, denselben nochmals, sei es auch gegen eine andere Person, zu benutzen. Dies gilt sowohl von der den Schuldner absolvirenden, als auch von der kondemnirenden Sentenz. Die subjektive Liberation ist Folge der objektiven Zerstörung der res,[22] welche in der Sentenz ebenso liegt, wie in der Zahlung,[23] Akzeptilation,[24] in dem Eid.[25] Darnach hat es denn allerdings große Bedeutung, ob überhaupt eine exc. rei, oder personae cohaerens ist; ob sie statum et naturam obligationis, den Thatbestand der Obligation, mutare potest, oder diesen unberührt läßt.[26]

18) S. §. 9. Not. 43 ff.

19) L. 5. de fidej. 46, 1. L. 7. pr. und §. 1. de exc. 44, 1. Im Ganzen darf ich auf die Darstellung bei Keller, §. 52. verweisen. Vgl. auch Pfeiffer, Archiv. Bd. 38. S. 347.

20) Keller, S. 443.

21) einerlei, ob re oder verbis das Korrealverhältniß entstanden ist. L. 13. §. 7. de accept. 46, 4.

22) Dies spricht L. ult. de duob. reis. 45, 2. deutlichst aus.

23) L. 34. §. 11. L. 93. de solut. 46, 3.

24) L. 13. §. 7. L. 16. de accept. 46, 4.

25) L. 42. §. 3. de jurej. 12, 2.

26) L. 9. §. 1. de duob. reis. 45, 2.

Diese Erscheinung bei den Fidejussoren des römischen Rechts hängt aber auf das Innigste mit dem Begriff des römischen Bürgschaftsverhältnisses zusammen. Wie hier nicht des Breiteren auszuführen ist, verstand das strenge Civilrecht unter Bürgschaft zunächst nur die, wenn auch als akzessorisch betrachtete, Erklärung, korreal neben dem Schuldner haften zu wollen; also den Eintritt in totam rem, in totam obligationem.[27] Der Bürge, kann man sagen, haftete nicht blos für den Schuldner, sondern er wurde Mitschuldner.

Daß diese starre Form des Hinzutritts zu einer fremden Obligation dem Bedürfniß des Verkehrs nicht immer ausreichen konnte, bedarf keiner Auseinandersetzung. Alles drängte dahin, den engen Zusammenhang der Bürgschaft mit der una res, dem Thatbestand der ursprünglichen Schuld, zu lockern. Dahin gehörte das beneficium divisionis, wenn es auch mehrere Bürgen noch nicht in die Situation mehrerer Miterben einer theilbaren Schuld versetzte.[28] Entscheidend wirkte das beneficium excussionis, welches jeden Bürgen, anstatt zum Korrealschuldner, nur zum Indemnitätsbürgen machte.

Fragen wir nach heutigen Begriffen, was eigentlich die Obligation des Bürgen ist, so werden wir sagen: die Haft für die Sicherheit, oder für die Gefahr der Forderung, oder die Haft für den Kredit, den der Gläubiger gibt; also etwas ganz Anderes als die Mitschuldnerschaft. Sollten die Römer dieser Idee fremd geblieben sein? Gewiß nicht. Sie verstanden, wie hier nur bei-

---

27) Puchta, Bd. 2. §. 265.

28) S. §. 9. Not. 63. und L. 51. de fidej. 46, 1. — Was mehrere Miterben betrifft, so kommt es darauf an, ob die Obligation einen theilbaren Gegenstand hat. Ist dies der Fall, so wird durch die Selbstständigkeit der Theile der Thatbestand der Obligation eines jeden ein besonderer nach den Ausführungen in §. 7. Daher die zu Not. 10. ausgesprochene Folge. — Ist dagegen der Gegenstand untheilbar, so bleibt der Thatbestand einheitlich derselbe; die Miterben nehmen alle an demselben Theil, ex una re als correi. Mithin gilt die von einem, oder gegen einen erwirkte Sentenz, da sie diese res verzehrt, gegen alle. S. unten Not. 39.

läufig anzudeuten ist, das Wesen des Kredits besser, als es noch heute in unserer juristischen Doktrin an der Tagesordnung ist. Sie erkannten sehr wohl, daß es vorkommen kann und muß, daß Jemand einem Andern nur Kredit machen will. Daher das mandatum qualificatum. Ohne den technischen Begriff des Kredits zu kennen, fühlte sich doch, daß es ganz etwas Anderes sei, mandare, ut Titio credideris, und adstipulari, fidejubere, quod Titio credideris. Dort Haft für den Kredit, hier Eintritt in die Schuld als correus. Wer blos für den Kredit haftet, will nicht, wie der debitor principalis, mit diesem, sondern hinter ihm haften.

Ohne die weiteren Konsequenzen zu verfolgen, erhellt daraus für unseren nächsten Zweck, daß die Obligation des Mandators eine andere als die des Bürgen war. Der Mandator haftet nur für den drohenden Verlust, für die Indemnität des Gläubigers. Er hat also keinen unmittelbaren Antheil an dem Thatbestand der zwischen dem Mandatar und dem Dritten begründeten Obligation; er hat einen eigenen Thatbestand, nemlich den der Indemnitätsverbindlichkeit, welcher sich jenem anschließt. So ist es denn vollkommen konsequent, wenn, im Gegensatz zu den Folgesätzen der fidejussio, die Klage gegen den Mandator nicht den Schuldner,[29] und die (erfolgreiche) Klage gegen letzteren nicht den Mandator befreit.[30]

---

29) L. 13. de fidej. 46, 1. Keller, §. 53. — Dabei muß nicht vergessen werden, daß das röm. Recht wegen der Grundsätze der Bürgschaft den Mandator auch zuerst, vor dem Schuldner, verklagen ließ; bis dies das benef. excussionis änderte.

30) Cf. auch L. 71. pr. eod. — Denn die Verpflichtung des Mandators besteht nicht etwa darin, daß er sich verpflichtet hat, dem Mandatar ex emto für die kreditirte Kaufgeldsschuld zu haften, sondern darin, daß er versprochen hat, dem Mandatar für das, was er vom Schuldner nicht erlangt, einzustehen. Der ursprüngliche Schuldgrund ist für diese Obligation Nebensache. — Folglich ist die Zahlung dasjenige, was obligationem mandantis tilgt. — Das bewirkt denn auch, daß die Sentenz gegen einen von mehreren Mandatoren die andern noch nicht befreit. L. 52. §. 3. eod.

Ganz mit Recht wendet Papinian in L. 95. §. 10. de solut. 46, 3. die schlagende Analogie des Verhältnisses zwischen Tutor und Pupillen an. Der Mandator schützt den Kredit, den der Mandatar dem Kreditbedürftigen gewährt. Das ist aber, wenn man die Sache näher betrachtet, im Wesentlichen die Aufgabe der meisten Bürgschaften. In den Zeiten unentwickelten Verkehrs konnte die Idee der Korrealbürgschaft entstehen und sich erhalten. Mit dem steigenden Kreditbedürfniß mußte die Theorie sich immer mehr dahin neigen, den Bürgen nur zum Indemnitätsbürgen zu machen.[31] Daß der fidejussor indemnitatis nicht durch das Judikat gegen den Hauptschuldner befreit wurde, versteht sich von selbst.[32]

Erst dadurch konnte aber auch die andere Frage, ob das gegen den Schuldner von dem Gläubiger erwirkte günstige Judikat ohne Weiteres gegen den Bürgen wirkt, also die actio judicati, oder Exekution, oder je nach der Stellung der Parteien eine exc. rei judicatae begründet, streitig werden. Für den alten korrealen Bürgen war die Entscheidung leicht. Wie aber für den neueren, stets mit dem benef. excuss. versehenen Bürgen?[33] Das römische Recht gibt darüber keinen Aufschluß mehr. Das kanonische Recht und die mittelalterliche Doktrin noch weniger. Die jüngste Theorie und Praxis fühlt wohl den Widerspruch,[34] aber der Ausweg findet sich nicht. Der Bürge ist doch kein Mandator; man kann daher die Grundsätze, welche

---

31) was die L. 28. Cod. de fidej. 8, 41. Nov. 4. c. 1. vollendete.

32) sondern erst si judicatum fecerit i. e. solverit. L. 116. de V. O. 45, 1. — Es ist also ein völliger Wechsel eingetreten. Ursprünglich haftet der Bürge korreal; d. h. er kann nach Wahl des Gläubigers vor dem Schuldner verklagt werden, wird aber auch liberirt, wenn der Gläubiger den Schuldner einmal gewählt hat. In der späteren Zeit dagegen kann der Bürge nach dem benef. excuss. erst nach dem Schuldner verklagt werden, haftet dafür aber auch bis zur Befriedigung des Gläubigers.

33) Leidlich ist die Darstellung des Zas. in L. 63. de re jud. nr. 49 sqq. zum Theil nach Bartol.: man unterschied Bürgen, judicatum solvi, die dann natürlich keine Einwendung gegen die Sentenz haben.

34) Seuffert, Bd. 4. Nr. 226.

es rechtfertigten, daß der letztere nicht an das Judikat gegen den Schuldner gebunden sei, nicht ohne Weiteres herübernehmen. Und würde es denn nicht in vielen Fällen wieder eine grenzenlose Härte sein, daß der Gläubiger gegen den Bürgen den Streit von vorn durchmachen soll?

Gewiß ist das eine Härte; aber auch nur darum, weil die juristische Beweislehre der Sentenz ihren Beweiswerth versagt. Wenn der Gläubiger mit der gegen den Schuldner erstrittenen Wahrheit den Richter, bei welchem er den Bürgen verklagt, logisch überzeugen darf, so ist Alles gewährt, was nöthig ist. Denn umgekehrt würde es ebenso hart sein, dem Bürgen, welcher um den Streit gegen den Schuldner nicht gefragt wird, zu verwehren, seine Gründe und Einwendungen gegen jenes Urtheil geltend zu machen.

Unbedingte Rechtsverbindlichkeit einer solchen Sentenz gegen den modernen Bürgen kann nicht sein. Nicht blos aus den eben erwähnten Gründen, sondern auch deshalb, weil die Obligation des nur für den Kredit haftenden, erst hinter dem Schuldner für den Ausfall der Exekution in Anspruch zu nehmenden Bürgen bei näherer Betrachtung eine ganz andere ist, als die des Schuldners. Die Identität der res ist nicht mehr da, wenn der Schuldner aus dem Prinzipalverhältniß der Bürge aber lediglich aus seiner Kreditstipulation[34a] obligirt ist.

Als Ausnahme von dem Prinzip, daß die res judicata den Thatbestand des verfolgten Rechts aus der Welt schafft und folglich diejenigen trifft, welche ex eadem re obligirt sind, läßt sich nicht einmal anführen, daß mehrere socii delicti, jeder für sich, obligirt sind.[35] Denn der faktische Grund der

---

34a) Ich habe dies näher ausgeführt in der Abhandlung über den Kredit, welche, jedoch erst theilweise, in Goldschmidt's Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 4. abgedruckt ist.

35) S. z. B. L. 11. §. 2. ad leg. Aq. 9, 2. L. i. §. 9. L. 18. §. 2. de injur. 47, 10. Puchta, §. 263. — Aber auch hier kann die Sentenz logisch beweisen gegen den andern socius; zu welchen Extremen die legale Beweistheorie kommt, indem sie dies verleugnet, ist bekannt. S. Zas. in L. 63.

Obligation eines jeden Einzelnen ist seine eigene Handlung; jeder hat delinquirt, mithin ist gegen jeden ein eigener Thatbestand, welcher zu dem Anspruch ex delicto führt, begründet.

Solche Obligationen gibt es aber auch außerhalb der Delikte;[36] überall da, wo eine eigene, für sich allein den Begriff eines rechtlichen Thatbestandes bildende Handlung Mehrerer vorliegt. Hier ist von der Konsumtion durch Judikat gegen den einen nicht die Rede; die Befreiung der übrigen tritt nur ein durch die einmalige völlige Befriedigung des Gläubigers.

Daraus erhellt, daß der Gegensatz der obligatio in partem und in solidum für die Judikatswirkung nicht masgebend ist. Jener Gegensatz betrifft nur die Art, wie der Gegenstand geleistet, oder die Befriedigung gesucht werden soll; also einen Punkt, der für die Judikatskraft von untergeordnetem Werth ist.[37] Nach einer ganz andern Seite hin bildet sich der Gegensatz von Korreal- und einfachen Obligationen. Es gibt correi, welche in solidum haften, es kann aber auch correi geben, welche nur pro parte haften.[38] Der objektive Umfang ändert an dem innern Wesen des Korrealverhältnisses Nichts. Dieses beruht darauf, daß mehrere Subjekte una re, aus demselben Thatbestand, verpflichtet sind, mögen sie von Haus aus bei dessen Entstehung betheiligt gewesen sein, oder, wie das römische Recht für thunlich hält, denselben sich später angeeignet haben;[39] mag die Verpflichtung ex re, oder aus einem Vertragswillensakt hervorgehen.[40] Nirgends hat das römische Recht gemeint, daß una

---

de re jud. nr. 78 sqq.; die Sentenz, die den adulter bestraft, ist für die adultera noch nicht in mundo; Bart. in L. 17. §. ult. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.

36) L. 60. §. 2. mand. 17, 1. L. 38. pr. de admin. tut. 26, 7. L. 1. §. 10 sqq. de tut. 27, 3.

37) S. oben Not. 9. — Vgl. Not. 28.

38) So die Bürgen seit dem beneficium divisionis.

39) L. 3. pr. de duob. reis. 45, 2.

40) L. 13. §. 7. de accept. 46, 4.

obligatio plurium sei;[41] wohl aber, daß die obligationes plurium ex una re entstehen können. Wo dies der Fall, nennt es die mehreren Berechtigten oder Verpflichteten mit bezeichnendem Namen: correi oder rei. Die Einheit des thatsächlichen Fundaments[42] ist die Ursache des korrealen Verhältnisses mehrerer Obligirten, oder, wenn man will, Obligationen; sie ist zugleich die Ursache, daß Alles, was diese una res wirksam betrifft, auf alle wirkt. Und dazu gehört auch das Judikat und seine exceptio.[43]

Daß Universalsukzessoren an den Wirkungen des von ihren Rechtsvorgängern geschlossenen Quasikontrakts der Sentenz[44] gerade so Theil nehmen, wie an einer von letztern eingegangenen Stipulation, versteht sich von selbst.[45] Dasselbe muß im Ganzen von der Singularsukzession gelten. Durch seine objektive Wirkung legt das Judikat der dinglichen Sache gleichsam eine Eigenschaft bei. Wenn in einem Prozeß festgestellt worden ist, daß der Kläger Eigenthümer oder Servitutberechtigter sei, so kann derjenige, welcher die Sache von dem Verklagten erwirbt, nicht mehr Recht erlangen, als dieser selbst besaß; der neue Erwerber

---

41) Wo von una obligatio die Rede ist, darf nicht vergessen werden, daß die Römer sehr oft darunter nicht die Konsequenz (obligatio est actio), sondern den Thatbestand der Obligation verstehen.

42) Unwesentliche Modifikationen der Obligation des einen geben diese Einheit noch nicht auf. S. z. B. L. 7. de duob. reis. 45, 2. — Auf diese Einheit stützt sich auch L. 62. §. 1. de evict. 21, 2., welche von dem Urtheil als Grundlage des Eviktionsanspruchs handelt.

43) An diesen Bemerkungen bezüglich der neuerdings mehrfach behandelten Natur der Solidar- und Korrealobligationen muß ich mir hier genügen lassen. Vgl. hierzu Bekker, proz. Cons. §. 14 und 17. Helmolt, die Korrealobligation. 1857. — Die Lehre der Glossatoren und ihrer Nachfolger ist in den bisher behandelten Dingen vollkommen ungenießbar geworden. Man unterschied, ob der fidejussor als defensor oder fidejussor verklagt werde, ob eine Regreßverbindlichkeit da sei u. s. w. Cf. die Glossen zu den angezogenen Stellen. Bartol. in L. 42. §. 3. de jurej. Jason in h. l. Bartol. in tit. Dig. 45, 2. bes. L. 3. Bald. in tit. Cod. 8, 40.

44) Ebenso das jusjurandum. L. 28. §. 1. L. 42. de jurej. 12, 2.

45) Savigny, S. 449. Wetzell, S. 424. Not. 26.

muß also das Recht des Klägers anerkennen,[46] wie er umgekehrt, von dem letztern erwerbend, das von diesem der Sache erstrittene Recht dem Verklagten gegenüber miterwirbt.[47]

Dies wird denn namentlich auch für den Pfandgläubiger wichtig. Wenn der verpfändeten Sache gegenüber vor der Verpfändung ausgesprochen worden war, daß sie nicht Eigenthum des Verpfänders sei, so muß der Pfandgläubiger sich die Folgen dieses Judikats gefallen lassen; non plus habere potest, quam debitor, qui pignus dedit.[48] Die exc. rei judicatae greift hier vollständig Platz. Nicht so, wenn die Sentenz erging,[49] nachdem schon vorher verpfändet worden war;[50] und zwar aus keinem andern Grund, als, weil der Pfandgläubiger keine volle Garantie der Wahrheit der Sentenz hat. Der Verpfänder kann ja aus bösem Willen gegen den Pfandgläubiger, oder aus Unverstand das Eigenthum verspielen. Soll der letztere darunter leiden in seinem wohlbegründeten Recht?[51] Gewiß nicht. Hat der Pfandgläubiger am Streit selbst Theil genommen, oder, durch Nichtbeachtung der Aufforderung hierzu, erklärt, daß er sich das Resultat gefallen lassen will, oder daß er Vertrauen zu der materiellen Wahrheit desselben hegt, so gewinnt das Judikat für ihn Geltung.[52] Sonst kann nur die materielle Wahrheit diese Geltung rechtfertigen. Jede Darlegung aber, daß der streitende debitor kolludirt, daß in contumaciam, oder sonst ohne ausreichende Prüfung der Wahrheit verfahren worden sei, begegnet derselben.[53]

---

46) L. 9. §. 2. L. 11. §. 9. L. 28. h. t. Donell. p. 1244. Seuffert, Bd. 6. Nr. 67; Bd. 8. Nr. 304.

47) Paul. Castr. und Zas. in L. 9. §. 2. cit. Donell. p. 1242. nr. 40. Savigny, S. 470.

48) L. 3. §. 1. de pign. 20, 1.

49) oder vielmehr lis kontestirt war; denn auf diesen Zeitpunkt wird die Judikatswirkung zurückbezogen.

50) L. 11. §. 10. h. t. 44, 2. — Zas. in h. l.

51) ganz anders in dem frühern Fall; s. Not. 48. L. 3. §. 1. cit.

52) L. 29. §. 1. h. t. 44, 2.

53) L. 5. Cod. de pign. 8, 14. S. §. 5. Not. 42. — Der Glosse schon waren diese Stellen schwierig; man mußte sie auf L. 63. de re jud. zurück-

Die Situation des Zessionars bedarf keiner weiteren Ausführung.

Wo der ganze Prozeß materielle Wahrheit zum Zweck hat, muß dies auch für den Begriff der Stellvertretung im Prozeß wichtig werden. Den Römern mußte es eine größere Sorge sein, wo für die eigentliche Partei eine andere Person als defensor auftrat, daß und ob die materielle Wahrheit unter dieser Vertretung nicht litt, als, daß gewissen formellen Erfordernissen entsprochen wurde. Dies würde sich an manchen Folgerungen nachweisen lassen.[54]

Die Frage, ob das gegen den Prokurator oder sonstigen Prozeßvertreter ergangene Judikat für den Mandanten oder Vertretenen gültig sei, war keine andere, wie die, ob eine durch dritte Personen geschlossene Stipulation für den Vertretenen wirksam werde. Hier wird es denn von wesentlichem Einfluß, daß sich die Grundsätze über die Stellvertretung im Prozeß sehr geändert haben und ändern mußten, je nachdem der ganze Karakter des Prozesses ein anderer geworden ist. Das römische Recht mußte nothwendig die Wirkung der Stellvertretung beschränkter fassen,[56] einmal, weil es in dem Prozeß eine Reihe von wahrhaften Dispositionshandlungen und, wo diese aufhören, die Ermittlung realer Wahrheit sah, und sodann, weil es die einfache Uebernahme der defensio ohne Vollmacht zuließ.[57] In dem modernen Verhandlungsprozeß gelten die Prozeßhandlungen nicht mehr in diesem

---

führen; ob sciente oder ignorante creditore verfahren war, war die Hauptdistinktion. Cf. Bald. und Cyn. in L. 5. Cod. cit. Brunnem. ad L. 29. h. t. Hier ist denn auch die Quelle, aus der, in Verbindung mit dem Satz, daß contra absentem citatum gültig geurtheilt werden kann, die Lehre von der litis denuntiatio in ihrer spätern Ausbildung fließt. Damit stimmen im Wesentlichen auch Paul. Castr. und Zas. in L. 29. §. 1. und L. 11. §. 10. h. t. überein.

54) Vgl. z. B. L. 18. de interr. in jur. 11, 1.

55) S. §. 5. Not. 9.

56) bes. zum jusjurandum in jure; cf. über die Stellvertretung bes. Donell. p. 1242.

57) Puchta, §. 156. — Eine Folgerung hiervon enthält eben L. 18. de interr. in jure. 11, 1.

Sinn als Dispositionsakte und die Beweishandlungen eben auch nur als Prozeßhandlungen.[58]

§. 14.

bb. Erweiterungen.

Fassen wir die im vorigen §. zusammengestellten Erfahrungen zusammen, so finden wir ein Ergebniß, welches die früheren Sätze von einer ganz andern Seite her, darum aber auch um so kräftiger bestätigt. Wie sich der Gegenstand zu der Identität der thatsächlichen Grundlage des Klaganspruchs nur als Nebensache verhielt (s. §. 7), so auch das Subjekt des letztern. Der Gegenstand kann äußerlich verschieden sein und die Sentenz wirkt doch, wegen der Identität der eadem res. Die Person des Klägers oder Verklagten kann eine andere sein und die Sentenz wirkt doch, weil die Identität der res vorhanden ist. Auch die Identität der Person erweist sich mithin nicht als das unbedingte Kriterium der Sentenzwirkung, sondern nur als eines der Argumente für die Identität der res. Die Gleichheit des Thatbestandes, das bewährt sich hier an letzter Stelle, bildet die wahre natürliche Grundlage für den Einfluß des Urtheils. —

Alle subjektiven Folgerungen der res judicata, welche wir bisher betrachteten, sind an sich vollkommen mit der Quasikontraktsnatur derselben vereinbar. Keine verletzt den Hauptgrundsatz des Obligationenrechts, daß nur die Kontrahenten und die Sukzessoren in idem jus die Wirkungen eines obligatorischen Aktes erfahren. Nur eine einzige Wahrnehmung scheint nicht ganz darunter zu passen. Das ist der Gedanke, daß der Pfandgläubiger sich doch unter Umständen die nach Bestellung seines Pfandrechts von dem Verpfänder erwirkte Sentenz über das

---

58) Vgl. überhaupt über die Prozeßlegitimation oder Stellvertretung Savigny, §. 301. Not. e. Bekker, proz. Cons. §. 12. Wetzell, S. 424. und §. 9. Not. 10. Zas. in L. 3. h. t. 44, 2. nr. 5. sqq.

Eigenthum sollte präjudiziren lassen.[1] Ist es richtig, daß diese Wirkung existirt, so läßt sie sich nicht mehr ganz aus der Quasikontraktsnatur herleiten; man müßte denn zu Fiktionen seine Zuflucht nehmen.

Ueber die Ausdehnung des Judikatseffektes, welcher sich in dieser Gestalt nicht mehr mit dem Karakter des Quasikontrakts vereinbart, spricht sich ziemlich allgemein die L. 63. de re judic. 42, 1. aus,[2] die zu belehrend ist, als daß sie nicht etwas näher betrachtet werden sollte. Der Jurist geht von der allgemeinen Regel aus, sententiam inter alios latam aliis non praejudicare. Das gilt selbst scientibus gegenüber. Allein mit Ausnahmen.

Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re,[3] cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur[4] Dies wird nun an drei Beispielen erläutert: veluti si debitor experiri sit passus creditorem de proprietate pignoris;[5] aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae; aut possessor venditorem de proprietate rei emtae. Diese Folgesätze sind an sich eben so klar ausgesprochen, als der innere Grund: ratio est, quod is, qui priorem dominum (i. e. den non dominus, der die defensio übernimmt, und darunter paßt auch das erste Beispiel von dem Pfandgläubiger),[6] defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios judicatae, summovetur, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judica-

---

1) S. §. 13. Not. 53.

2) Keller, S. 368. Savigny, S. 476.

3) wieder eadem res.

4) Vgl. den Schluß des vorigen §. Hier zeigt sich also, daß die wirksame prozessualische defensio schon da ist, wenn nur die eigentliche Partei patitur defensionem alterius.

5) Dieser Fall schließt sich zunächst an das im §. 13. Not. 48—53. Erwähnte an.

6) Keller, S. 377. Not. 24. Donell. ad haec verb. L. 63.

tum est.[7] Noch klarer wird dies durch den Gegensatz des Falls, daß ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur. Diese Sentenz schadet dem andern Erben nicht,[8] quod, qui scit, coheredem suum agere, prohibere eum, quominus, uti velit, propria actione vel defensione utatur, non potest.[9]

Die in jener Stelle bezeugte Ausdehnung der Judikatswirkung scheint über die sonstigen Regeln der Obligationswirkung hinauszugehen. Indessen ist dies doch in so geringem Maaße der Fall, daß die Ueberschreitung der Grenzen kaum merkbar wird. Wenn der defensor die Sentenz für einen Andern erwirkt, so thut er dasselbe, was der negotiorum gestor für einen Andern thut, indem er in dessen Interesse einen Vertrag schließt.[10] Die nachfolgende ratihabitio der Sentenz macht sie zweifellos für den dem Prozeß fremd gebliebenen dominus gültig. Ebenso muß sie aber gelten, wenn der dominus, welcher w e i ß, daß ein Anderer unbefugterweise sein Recht und seine Stelle vertritt, dieses mit Bewußtsein zuläßt. Die Wirsamkeit des Quasikontrakts für den dominus ist hier durch seinen präsumtiven Willen gerechtfertigt.[11]

Allein der dispositive Privatwille ist nicht das einzige Element der Sentenz. Die Ausführung der L. 63.[12] ist erst dann ganz natürlich, wenn man erwägt, daß die Sentenz vermuthlich

---

7) Denn außerdem ließ die actio des defensor das Klagerecht des dominus ganz unberührt. Puchta, Bd. 2. §. 156. S. 58.

8) S. oben §. 13. Not. 10.

9) während der wahre Eigenthümer durch sein Auftreten die defensio des non dominus jederzeit abschneiden kann. — Die Wichtigkeit der ratio, an propriam actionem exercere possit, ist auch in L. 3. §. 1. de pign. 20, 1. hervorgehoben.

10) Daher auch der defensor, rem ratam haberi, zu kaviren hat. Gai. IV. 58. Dies zeigt zugleich wieder, wie sehr die Römer die Sentenz als ein Privatgeschäft der Streitenden betrachten.

11) quia ex v o l u n t a t e ejus judicatum est.

12) welche von jeher viele schwierige Erörterungen veranlaßte. S. Bartol., Paul. Castr., Zas., Brunnem. ad h. l. Das Beste leistete auch hier Donell. — Gegen die Mißverständnisse der Bartol. Schule kämpft auch Zas. in h. l. nr. 35 sqq.

auf materieller Wahrheit beruht. Die gegen den Verkäufer ertheilte Sentenz, welche feststellt, daß der Gegner Eigenthümer ist, müßte sich doch nach römischem Recht auch der Käufer als Beweisargument entgegenhalten lassen. Wie sollte sich der Käufer gegen diesen Beweis wehren können, wenn in jenem Prozeß die Eigenthumsfrage gründlich untersucht worden war und zu dem positiven Resultat, daß der Gegner des Verkäufers Eigenthümer sei, geführt hatte? Keine Legaltheorie des Beweises schnitt diese Beweiskraft ab. Was war daher natürlicher, als, diesen, aller Vermuthung nach beweisenden, d. h. materiell wahren Spruch für bindend zu erklären? Dies bedeutete nichts Anderes, als, den Einwand des Käufers, daß der Spruch unwahr sei, ausschließen. Eine solche Ausschließung war aber da, wo letzterer wußte, daß die Frage in Streit sei, vollkommen gerechtfertigt; um so mehr, weil er ja auch gegen die ihm bekannte Sentenz ohne Weiteres, obgleich er nicht am Prozeß Theil genommen, hätte appelliren können.[13]

Der Wille des nicht assistirenden Käufers ist es mithin nicht allein, was ihn den Wirkungen jenes Judikats unterwirft. Quia ex voluntate ejus (mit seiner Zustimmung) judicatum est; sagt L. 63. Weil die Sache in judicio der Wahrheit nach geprüft worden ist, weil die Nichtassistenz des Käufers darthut, daß er zur Begründung besserer Ueberzeugung Nichts weiter zu thun vermag, weil das Judizium das Mögliche geleistet hat, darf das Urtheil gegen ihn gelten.[14]

Diese Sorge um die materielle Wahrheit bewährt sich nicht wenig in dem umgekehrten Fall; wenn nemlich die eines Dritten Eigenthum anerkennende Sentenz gegen den Käufer ohne Assistenz des Verkäufers ergeht.[15] Für den Eviktionsanspruch gegen den

---

13) L. 4. §. 2—4. de appell. 49, 1. — Vgl. dagegen zu dem Falle des coheres in Not. 21. L. 5. pr. ib. bes. am Schluß: quamvis et sine appellatione tutus est coheres.

14) Da es sich in den andern Fällen, welche L. 63. cit. aufstellt, gerade so verhält, brauche ich diese nicht weiter auszuführen.

15) Wetzell, S. 425. Not. 32.

letztern kommt zwar die Sentenz nicht eigentlich als res judicata in Betracht. Es handelt sich nicht um die Anwendbarkeit der exc. rei judic., vielmehr ist die Thatsache des evinzirenden Urtheils an sich der Grund der Regreßklage. Diese Grundlage aber kann die Sentenz nur dann abgeben, wenn sie als vermuthliche Trägerin der materiellen Wahrheit betrachtet werden darf. Sie ist mithin dazu nicht geeignet, nicht blos, wenn der streitende Käufer dolos oder kulpos handelte,[16] sondern auch dann nicht, wenn sie in contumaciam des Käufers ergangen ist. Es muß eine wirkliche Wahrheitsermittlung in judicio stattgefunden haben.[17]

Das ist auch der Sinn der L. 63. cit. Daß sich diese, — und aus der mangelhaften Erkenntniß dieses Umstandes schreiben sich eine Menge Schwierigkeiten der früheren Lehre her, — nicht auf Kontumazialurtheile, nicht auf in Folge Eides oder Geständnisses (in jure) ertheilte Erkenntnisse bezieht, wird keines Beweises mehr bedürfen.[18] Es wird uns sogar, was vorläufig dahin gestellt bleiben mag, bedenklich erscheinen, ob sie unter der Sentenz, von welcher sie spricht, auch eine in eremodicio erwirkte verstanden wissen will.

Eine weitere Ausdehnung der Judikatswirkung wird bei Erkenntnissen in Erbrechtsstreitigkeiten gestattet.[19] Namentlich präjudizirt der zwischen den Erbprätendenten gefallene Spruch über die Gültigkeit des Testaments den Legataren, Gläubigern u. s. w.[20] Daß hier das Quasikontraktsprinzip nicht zutrifft, ist klar. Man konnte dafür nicht einmal den für die Fälle der L. 63. de re jud. rechtfertigenden Grund: quia ex voluntate ejus, cui praejudicium fit, judicatum est, anführen; denn der

---

16) L. 63. §. 2. L. 66. pr. de evict. 21, 2.

17) L. 55. pr. eod. L. 8. Cod. h. t. 8, 45. Bald. und Bartol., Cyn. etc. ad h. l. stellen Alles auf die litis denuntiatio.

18) S. oben §. 5.

19) L. 3. pr. de pign. 20, 1. L. 50. de leg. I. L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. de inoff. test. 5, 2. L. 14. de appell. 49. 1.

20) Keller, §. 46. Savigny, S. 475. Wetzell, S. 425. Not. 33.

Legatar kann keinen Einfluß auf den Prozeß äußern. Hier blieb also nur der andere Grund: quia judicatum est, daß nemlich die gefundene Wahrheit im allgemeineren Umkreis Anerkennung verdient.[21] Unmöglich konnte jedem Legatar oder Gläubiger gegenüber der ganze Streit über die Erbrechtsverhältnisse, den Bestand des Testaments u. s. w. von Neuem durchgemacht werden. So natürlich dies die Verhandlungsmaxime finden könnte, so unnatürlich und unnütz mußte dies den Römern dünken. Unnütz, weil auch hier das einmal nach ordentlicher Kognition gefundene Ergebniß sich als Beweisgrund doch unabweisbar geltend machte. Das probare und constare, die materielle Wahrheit seines Inhalts, ist die Ursache auch dieser sog. ausnahmsweisen Erweiterung der Judikatswirkung.[22]

Deshalb verlangte aber auch die Rechtslehre in diesem Fall Garantieen der Wahrheit, welcher sie inter easdem partes entrathen konnte. Sie verlangte, daß nicht etwa nur einem Legatar gegenüber,[23] sondern in dem zwischen den Erbprätendenten selbst geführten Streit die Frage des Erbrechts oder der Testamentsgültigkeit entschieden worden sei. Mit andern Worten: diese Fragen mußten, sei es nun, daß sie allein, oder als Legitimationspunkt[24] den Gegenstand des Rechtsstreits gebildet hatten, so traktirt worden sein, daß man überzeugt sein konnte, sie seien gründlich erörtert worden. Hier schließt sich denn eine frühere Bemerkung an. Wie unter den nemlichen Parteien, selbst dann, wenn nur ein Legatar den Streit, an testamentum sit ruptum, erregt hatte, das Resultat in der Sentenz feststand, obwohl jene

---

21) Cf. L. 50. de leg. I. i. f.

22) wie L. 3. pr. de pign. sagt. Das constare, testamentum esse ratum, ist die Grundlage aller Legate.

23) L. 1. h. t. 44, 2. S. Donell. l. c. p. 1246. — Die spätere Lehre konnte mit Recht fragen, worin eigentlich der Unterschied dieser Entscheidung und der nicht wegzuleugnenden, aber ebensowenig innerlich erklärlichen L. 17. §. 1. de inoff. test. besteht. S. Paul. Castr. ad L. 1. h. t.

24) Hier wird denn wieder die exc. praejudicii wichtig. S. oben §. 8. Not. 98.

Frage vielleicht sehr beiläufig behandelt worden war und deshalb nicht in weiterem Umkreis für andere Personen gelten konnte,[25] ebenso stellte zwar die Sentenz, welche die petitio einer pars fundi hereditarii abwies, vermöge der definitiven und umfassenden Gewalt des Judiziums unter den Parteien allemal fest, daß der Kläger nicht Erbe sei, gleichviel, welches der eigentliche Grund der Abweisung war.[26] Allein, wenn diese Sentenz einem Dritten gegenüber wirken sollte, mußte ex professo erkannt sein, actorem heredem non esse. Mithin präjudizirte ihm nicht das Urtheil, welches thatsächlich nur, fundum non esse hereditarium, aussprach, und folglich die materielle Wahrheit der Frage, an actor heres sit, im Zweifel ließ.[27]

Es kam für die ausgedehntere Wirkung der Sentenz über die Erbverhältnisse darauf an, daß eine vollständige und gründliche Feststellung erfolgt war.[28] Mithin war dieselbe versagt, sobald das Urtheil nur auf contumacia oder collusio[29] gebaut erschien.

Noch augenfälliger ist die Ausdehnung der Urtheile in Statusprozessen. Zwei Fälle werden in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben; das Erkenntniß über die eheliche Geburt eines

---

25) L. 1. cit.

26) §. 8. Not. 97.

27) So erklären sich L. 11. §. 3. h. t. 44, 2. und L. 25. §. 8. fam. herc. 10, 2.

28) wie auch L. 12. Cod. de H. P. 3, 31. bestätigt.

29) S. die Stellen der Not. 19. Nach der herrschenden Beweistheorie mag der Beweis der collusio freilich schwer genug sein. Keller, §. 46. Not. 12. Ganz anders nimmt sich die Sache im röm. Prozeßrecht aus; wenn der Richter nur menschlich zu überzeugen war, daß lusorie actum sit. Dazu genügte es schon, nachzuweisen, daß der Streittheil mit dem Beweis des wahren Sachverhalts hinterhalten, kurz, den Richter an der vollen und reinen Erkenntniß irgendwie gehindert hat. L. 14. de appell. 49, 1. Darnach ist es so arg nicht, wie Keller meint, wenn ein anderer Schriftsteller die Meinung aussprach, daß nur das richtige Urtheil über die Parteien hinaus wirke. Cf. L. 3. §. 13. de hom. lib. 43, 29. Den Interessenten einer solchen Sentenz ist es gestattet, zu appelliren; sie brauchen dies aber nicht zu thun. L. 14. pr. cit.

Kindes[30] und das über die Ingenuität.[31] Hier wird das Erkenntniß nicht blos für die Parteien, sondern für Jedermann bindend. Placet enim ejus rei jus facere judicem. Der Ausspruch wird zur öffentlichen lex für Alle; er ist nicht mehr blos Quasikontrakt. Dies gilt insbesondere auch von dem ersterwähnten Urtheile, von dem über die eheliche Geburt.[32]

Es ist mehr als wahrscheinlich, daß das Nemliche auch bei Urtheilen über noch andere Statusfragen angenommen wurde.[32a] Dafür spricht vor allen Dingen der innere Zusammenhang. Betrachten wir die bisher untersuchten Ausdehnungen der Judikatswirkung, so betrafen diese zuerst das Eigenthum, sodann das Erbrecht, weiterhin den Status. Von einer Ausdehnung der Urtheilswirkungen bei Sentenzen über Obligationen oder andere Privatrechte ist nirgends die Rede. Die Ausdehnung der Sentenzen über das Eigenthum ist immerhin eine mäßige; schon aus-

---

30) L. 1. §. 16. L. 2. 3. pr. de agnosc. lib. 25, 3.

31) L. 25. de stat. hom. 1, 5. L. 14. de jure patr. 37, 14. L. 17. §. 1. de lib. caus. 40, 12. S. Keller, §. 47. Savigny, S. 472. Wetzell, S. 426.

32) L. 2. 3. de agnosc. lib. spricht nur von dem Effekt den fratribus und consanguineis gegenüber; allein dies ist nur eine, nicht die ganze Folge; dies ergibt die Analogie des andern Falls. L. 1. §. 4. de lib. exhib. 43, 30. So nahm auch schon Zas. in L. 63. de re jud. nr. 59. 64. an.

32a) S. z. B. L. 1. §. 4 de lib. exh. 43, 30. L. 3. §. 13. de hom. lib. 43, 29. Die von Wetzell S. 426. Not. 38. angezogenen Stellen beweisen durchaus nicht das Gegentheil. In L. 42. de lib. caus. 40, 12. liegt der Ton auf dem „perperam judicare". (S. unten §. 15. Not. 19.) L. 5. si ingen. 40, 14. sagt nur, daß das Urtheil de libertate fünf Jahre braucht, um rechtskräftig zu werden gegen den dominus ignorans. Allein die Doktrin und noch die neuere Praxis, welche die positiven Zeugnisse nicht wegleugnen kann, weiß sich nicht anders zu helfen, als sie zu reinen Singularitäten zu machen und in andern Statusfragen die Wirkung auf die partes zu beschränken. Seuffert, Bd. 3. Not. 388. Natürlich; denn die Erweiterung widerspricht entschieden dem Begriff der „juridischen" Wahrheit. — Die älteren Rechtslehrer haben diese Fragen selten eingänglich behandelt. Zasius ad L. 63. cit. nr. 52. sqq., welcher sie ausführlicher behandelt, nennt dies genus actionum difficile, involutum, perplexum, nullo ordine per Doct. explicatum. Seine Darstellung ist sehr beachtenswerth, wenn sie auch die inneren Gründe nicht trifft.

gedehnter macht sich die Sentenz über das Erbrecht, am weitesten hin die über den Status geltend. In der That wäre es noch viel unzuträglicher, wie in den ersteren Fällen, wenn die Statusfrage mehrfach untersucht und vielleicht über solche verschieden erkannt werden sollte.[33]

Allein nicht blos in dem Umfang der Wirkung begegnen wir einer Steigerung in der dargestellten Reihe. Das Eigenthum ist dasjenige Privatrecht, welches unverkennbar einen über die blose Person des Inhabers hinausgehenden Karakter, wir würden heute sagen, eine Beimischung öffentlichen Rechts hat.[34] Noch mehr ist dies bei dem Erbrecht der Fall. Alles den Status Betreffende gehört heut zu Tage unmittelbar dem öffentlichen Rechtsgebiet an. Obgleich die Römer so nicht dachten, obgleich sie dem Privatrechtsgedanken den weitesten Raum gaben, trugen sie doch den nothwendigen innern Verschiedenheiten, wie sich hier zeigt, Rechnung.

Die moderne Anschauung würde unbedenklich sagen: das Urtheil über den Status muß im öffentlichen Interesse ein für allemal verbindlich sein. Daraus würde dann folgen, daß die Untersuchung unabhängig von der Verhandlungsmaxime inquisitorisch vorgenommen werden muß. Die Römer brauchten die Statusprozesse in dieser Hinsicht nicht zu Ausnahmen zu machen. Alle Wahrheit wurde in ihren Civilprozessen inquisitorisch gefunden. Sie machten aber auch nicht die Statusprozesse zur öffentlichen Angelegenheit. Das Urtheil blieb Quasikontrakt. Man fixirte nicht seine Beweiswirkung als eine rechtlich nothwendige; denn dies wäre eine Verletzung des unantastbaren Prinzips materieller Wahrheit gewesen, sondern man dehnte seine Kontraktswirkungen aus. Das Urtheil über den Status erschien als ein

---

33) Die kanonistische Lehre hatte außer diesen Statusfragen (de statu favorabili) noch viele andere (de statu in differente), z. B. an quis laicus, vasallus, doctor, magister etc. sit. Hier kam sie stets in's Gedränge, wann dergleichen Feststellungen nur inter partes gelten sollten. S. statt Aller Zas. l. c. nr. 74. sqq.

34) Vgl. §. 8. Not. 51. 53.

Quasikontrakt an dem Alle, derjenige, welcher quaestionem status movit, als Vertreter der Gesammtheit, Theil genommen haben. So macht das Urtheil, nicht veritatem, aber jus inter omnes.[35]

Dies bestätigt sich dann schließlich an den Popularklagen und den judiciis publicis. Aus dem Urtheil über die Popularklage erwächst, indem der Kläger die Gesammtheit des populus vertritt, die exceptio vulgaris rei judicatae.[36] Der Verklagte hat sich mit dem populus quasikontraktlich abgefunden und hat daher gegen Jeden die exceptio. Eben so folgt die exc. in gleicher Ausdehnung aus der Sentenz in judicio publico.[37]

Wie irrig es wäre, in allen diesen Fällen dem Gedanken formaler Wahrheit nachzuhängen, ergibt sich aus den Anstrengungen, welche die Doktrin machte, um gerade in diesen Fällen einer aus überwiegenden Gründen gebotenen Ausdehnung der Rechtswirkung die materielle Wahrheit zu befestigen. Nur wenn die Sentenz über eheliche Geburt, Ingenuität, Popularklage der wirklichen Wahrheit entsprach, erschien ihr Effekt gegen Jedermann gerechtfertigt.[38]

Jede Kollusion vereitelte die Wirkung der Statussentenz gegen Dritte.[39] Man beschäftigte sich ausführlich mit den Mitteln und Wegen, wie dem vorzubeugen sei, daß auf Kollusionen

---

35) Savigny, S. 472. Not. 4. L. 25. de stat. hom. 1, 5. Vgl. auch Rudorff, §. 78 a. E.

36) L. 3. pr. de pop. act. 47, 23. L. 45. §. 1. de proc. 3, 3. L. 30. §. 2. de jurej. 12, 2. Keller, §. 48. Wetzell, S. 424. Not. 29. — Cf. — Bartol. u. Cyn. in L. 2. Cod. quib. res jud. 7, 56. Zas. l. c. nr. 73.

37) L. 3. §. 13. de hom. lib. exh. 43, 19 gibt das Prinzip an. — Das ist dasselbe, als wenn heute gesagt wird, daß die Aburtheilung im Strafprozeß das Verbrechen tilgt. Dieser Grundsatz wird jetzt von Amtswegen berücksichtigt, während die Römer bei reiner Durchführung des Akkusationsprozesses und viel mehr privatrechtlicher Auffassung des Strafrechts auch hier Platz für das privatrechtliche Hülfsmittel der exc. rei jud. fanden.

38) Ebenso bei dem Eid; L. 30. §. 3. de jurej. 12, 2., während inter partes auch bei dem Eid über Statusfragen nihil quaeritur, quam an sit juratum. L. 3. §. 2. 3. L. 30. §. 4. eod.

39) L. 27. Cod. de lib. caus. 7, 16.

solche Urtheile gegründet würden.[40] Die Wirkung des in judicio publico ergangenen Urtheils war ausgeschlossen, wenn der Kläger prävarikirt hatte.[41]

Das Urtheil muß ferner sich auf eine eigentliche Beweisverhandlung und eine wirkliche cognitio des Richters in judicio stützen. Nur von einem justus contradictor kann man erwarten, daß er im Interesse der materiellen Wahrheit seine volle Schuldigkeit thut.[42] Weder durch collusio, noch durch inertia darf das wahre Recht gestört werden.[43] Hier wird abermals das römische Kontumazial- oder vielmehr Eremodizialverfahren wichtig.[44] Wenn bei der controversia status derjenige in judicio ausbleibt, qui in servitutem petit, so hat der Verklagte die Wahl, ob er auf das judicium verzichten und ohne Urtheil ausgehen, oder ob er ein Urtheil verlangen will. Durch das letztere, wenn nemlich die cognitio, welche immer geschehen muß, zu Gunsten des Verklagten ausfällt,[45] wird zwar der Kläger seines Rechts verlustig, aber es wird dadurch nicht ausgesprochen, daß der Verklagte frei sei; vielmehr nur, daß er nicht Sklave des Klägers sei. Also ganz anders, als da, wo inter partes die Bedeutung der Sentenz in Frage kommt; wo die Sentenz, rem non esse actoris, immer zugleich den Verklagten dem Kläger gegenüber zum Eigenthümer macht.

Wenn sich aber der Verklagte ausdrücklich in libertatem allegat, so soll der Richter es lieber vermeiden, auf einseitiges Verfahren in eremodicio hin ein positives Erkenntniß über die Freiheit zu fällen, nisi probationes evidentes suggerant. Dasselbe Prinzip leitet in dem umgekehrten Fall.[46] Es ist das

---

40) tit. Dig. 40, 16 und Cod. 7, 20. de collus. deteg.

41) L. 3. §. 13. de hom. lib. exhib. 43, 29.

42) L. 3. de coll. det. 40, 16.

43) L. 9. pr. de lib. caus. 40, 12.

44) Darüber verbreitet sich gerade in Betreff der Statusklage L. 27. §. 1. 2. de lib. caus. 40, 12.

45) si cognoverint; L. 27. §. 1. cit.

46) L. 27. §. 2. cit. — Es geht zu weit, wenn man allgemein hin sagt, daß das Kontumazialurtheil jene weitere Wirkung inter alios nicht habe.

Prinzip der Vorsicht, daß nur materielle Wahrheit als Recht proklamirt werde.

Wie dieses durchgeführt wurde, zeigt sich deutlich auch in der Anfechtbarkeit des Urtheils, welche ich von dieser Seite her im Folgenden betrachten will.

§. 15.

6. Die Anfechtbarkeit der Sentenz.

Es ist Grundregel, daß die rechtskräftige Sentenz in der Thatfrage über den thatsächlichen Stoff, welcher in judicium deduzirt worden ist, unwiderruflich entscheidet.[1] Diese Grundregel fanden wir in dem Obigen überall, selbst bis zur anscheinenden Härte, bewährt.

Sie kann indessen nicht gelten, wenn das Urtheil nicht rechtskräftig erscheint.[2] Nicht rechtskräftig aber ist jedes Urtheil, welches contra jus läuft. Nicht rechtskräftig ist das von einem inkompetenten Richter gefällte,[3] das auf ein widerrechtliches Verfahren gebaute,[4] das gegen die Regel der Rechtskraft verstoßende,[5] ja, jedes das Rechtsgesetz irgendwie verletzende Urtheil. Ein solches Urtheil ist nur der Schein eines Urtheils, weil es ihm an dem Wesentlichen, an der Uebereinstimmung mit dem Gesetz fehlt. Der Quasikontrakt des Urtheils gilt eben so wenig als rechtsbeständig, wie irgend ein anderer Kontrakt, wenn er injustus, contra legem geht. Mithin braucht nicht gegen dasselbe appellirt zu werden.[6] Jederzeit kann die Unrechtlichkeit

---

Savigny, S. 474. Not. r. Man denkt dabei immer an das moderne Kontumazialsystem und vergißt das eremodicium. Cf. L. 39. eod.

1) L. 56. de re jud. 42, 1. tit. Cod. de re jud. 7, 52.

2) Vgl. im Allgem. §. 5.

3) tit. Cod. 7, 48. §. 5. Not. 4.

4) §. 5. Not. 15.

5) §. 5. Not. 18.

6) L. 14. pr. L. 19. de appell. 49, 1. L. 1. §. 2. sqq. quae sent. 49, 8. u. L. 1. 3. 4. Cod. de sent. 7, 45.

des Urtheils nachgewiesen und dasselbe dadurch entkräftet werden. Die Unterlassung der Appellation macht es auch nicht rechtskräftig; denn der Privatwille der Parteien kann nicht das injustum zum jus stempeln.[7] Der Unterschied der heilbaren und unheilbaren Rechtswidrigkeiten war noch nicht erfunden.

Die Appellation war einzig und allein gegen die Entscheidung der Thatfrage vorbehalten. Das Urtheil in der Rechtsfrage wurde nie rechtskräftig und bedurfte der Rechtskraft nicht. Nicht der Richter entscheidet dieselbe, sondern das Gesetz selbst durch den Mund des Richters. Das Gesetz ist unwandelbar von selbst; nicht erst durch die Rechtskraft. Die, von der freien Logik abhängige, Entscheidung der Thatfrage dagegen ist wandelbar. Es kann sein, daß sie der Richter unrichtig entschieden hat, und doch kann sie nicht das Gesetz, sondern nur der Richter als Mensch entscheiden. Hier bedarf es einer besonderen positiven Vorschrift, daß dieses, von Natur nicht, wie das Rechtsgesetz als Norm der Rechtsfrage, ewig feste, Menschenwerk unabänderlich gelten soll. Diese Vorschrift gibt die Lehre der res judicata. Quod semel judicatum est, amplius judicari nequit.

Gerade darum schien es gerechtfertigt, daß demjenigen, welcher die Wahrheit des Erkenntnisses in Zweifel zieht, die Gelegenheit gewährt wird, diese nochmals zur Prüfung zu bringen. Die Appellation ist gerade gegen die Entscheidung des Judex in der Thatfrage gegeben. Denn, so weit der Judex die Rechtsfrage entscheidet, entscheidet er nicht eigentlich, sondern vollzieht nur den in der Formel bereits aufgestellten Rechtssatz. Wo der judex gegen das jus sündigt, ist keine Berufung nothwendig, wohl aber, wenn er in der Thatfrage unrichtig urtheilt.[8]

---

7) Die spätere Doktrin hielt es für eine außerordentliche Schwäche, daß das röm. Recht irgend welche resuscitatio litis gestattet habe. S. Zas. in L. 3. h. t. 44, 2. nr. 9.

8) Diesen Gegensatz hebt L. 2. Cod. eod. 7, 64. scharf hervor. Si — potuisse defunctum etiam minorem quatuordecim annis testamentum facere, pronuntiavit, sententiam contra tam manifesti juris formam datam nullas habere vires palam est; et ideo in hac specie nec pro-

Daraus folgt, daß die Sentenz in der Thatfrage, welche mittelst der Appellation nicht angefochten oder bestätigt worden ist, als unabänderliche Entscheidung gilt.

Gegen die materielle Unrichtigkeit des Urtheils gibt es nur ausnahmsweise noch Hülfe; nemlich da, wo der Beweis einer Fälschung[9] oder eines Verbrechens erbracht werden kann.[10] Neue Beweise helfen sonst Nichts.[11] Nur wenn der Richter nachweisbar bestochen worden war, hatte die Sentenz keine Geltung.[12] Wahrscheinlich stand es dem gleich, wenn er per gratiam, auctoritate depravatus, oder sonst wie absichtlich unwahr geurtheilt hatte.[13] Sonst war gegen die Sentenz nach Unterlassung der Appellation nicht mehr zu kämpfen.[14]

So unter den Parteien. In diesem Sinn veritas ulterius non quaeritur; eben weil ja die Berufung Schutz genug gegen die Gefährdung der realen Wahrheit darzubieten schien.

Dagegen wurden die sog. ausnahmsweisen Erweiterungen der Judikatswirkung etwas anders behandelt. Hier ergiebt sich eine sehr interessante Stufenfolge.

---

vocationis auxilium necessarium fuit. Quodsi, quum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum ac per hoc jure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti, rem judicatam retractare non debes.

9) tit. Cod. si ex falsis instr. 7, 58.

10) L. 1. Cod. de re jud. 7, 52. Nach L. 33. de re jud. 42, 1. wurde wenigstens i. i. r. gegeben. Der Strenge des Rechts nach mußte zwar das Verbrechen untersucht und bestraft, die Sentenz aber dennoch aufrecht erhalten werden. L. 29. §. 5. mand. 17, 1; cf. Cujac. ad tit. Cod. 7, 52. Allmählig wurde man, wie der tit. Cod. 7, 52 lehrt, in dieser Hinsicht milder.

11) L. 35. de re jud. 42, 1. L. 2. Cod. h. t. 7, 52., vorbehaltlich der causa superveniens, wovon §. 16. a. E.

12) L. 7. Cod. quando prov. non est nec. 7, 64. S. oben §. 5. Not. 7.

13) L. 1. 2. Cod. de poena jud. 7, 49. L. 6. de extraord. cogn. 50, 13. L. 79. §. 1. de judic. 5, 1.

14) Das Verhältniß des Beweises der Falschheit zu der Sentenz hat theilweise seine Analogie in dem Verhältniß des per jurium zu dem deferirten Eid. Der Nachweis des Meineids schloß an sich die Wirkung des deferirten Eides nicht aus. L. 31. de jurej. 12, 2. handelt von einem andern, dem richterlich auferlegten Eid. — Allein die exc. rei jud. war doch mit der replica doli zu beseitigen. L. 25. de dolo. 4, 3.

Die erste subjektive Ausdehnung, die geringfügigste und fast vollständig mit der Quasikontraktsidee noch vereinbare, erwies sich darin, daß der successor in rem sciens durch die von seinem auctor erwirkte Sentenz gebunden wird. Hier steht dem bei der Sentenz interessirten kundigen successor das Rechtsmittel der Appellation zu,[15] wenn ihm die Sentenz nicht gefällt. Weil er von der Sache weiß, enthält das Unterlassen dieser Anfechtung entschieden eine Anerkennung des Urtheils. Der nicht appellirende successor tritt also zu dem Urtheil in dieselbe Situation, wie die Partei selbst. Die Deduktion der Unwahrheit des Urtheils hilft ihm hinterher Nichts mehr.

Die zweite Erweiterung der Rechtskraft ergab sich bei den Urtheilen über gewisse Erbrechtsfragen. Hier kommt es nicht mehr gerade auf die scientia dessen, welchem über die Parteien hinaus präjudizirt werden soll, an. Mithin erweitert sich die Ausdehnung des Judikatseffektes im Vergleich zu dem erstern Fall um ein Bedeutendes. Hier reicht die Gewährung der Appellation an die Legatare oder Gläubiger, für welche das judicium gilt, dem sie nicht beiwohnten, offenbar nicht mehr aus. Wenn sie von dem Prozeß Kenntniß haben, sind sie nicht in der Lage, den Streit der Erbprätendenten durch eigenes Auftreten zu hindern. Wie kann vollends die Sentenz gegen sie gelten, wenn sie von dem Streit gar keine Kenntniß hatten?

Daraus folgt freilich nicht, daß den Legataren und Gläubigern die Appellation nicht zustände. Im Gegentheil, als Interessenten des Urtheils haben sie volle Befugniß, im Wege des Rechtsmittels dessen materielle Richtigkeit anzufechten.[16] Allein dies ist nur eine Befugniß. Sie brauchen nicht zu appelliren; sie können jederzeit auch ohne Appellation noch darthun, daß das in thesi für sie verbindliche Urtheil perlusorie erlangt worden

---

15) L. 4. §. 3. de appell. 49, 1. Nach dem dem röm. Recht wegen seiner Behandlung der prozess. Stellvertretung nothwendigen Satz: alio condemnato is, cujus interest, appellare potest. L. 4. §. 2. ib. S. §. 14. Not. 13.

16) L. 5. de appell. 49, 1.

sei.[17] Es genügt aber schon, wenn sie irgendwie darthun können, daß das Urtheil per injuriam datum sei.[18] Unter diesem Ausdruck „per injuriam“ kann aber Nichts verstanden werden, als die materielle Unwahrheit der Sentenz; nicht etwa eine fraus judicis,[19] oder ein Verstoß gegen das Recht. Denn hier bedurfte es nach dem Obigen nicht einmal für die Parteien selbst der Appellation, um das Urtheil als unverbindlich zu erklären. Selbst die Parteien konnten aus diesen Gründen jederzeit gegen die res judicata deduziren. Folglich ist es offenbar, daß es ein sehr überflüssiger Ausspruch gewesen wäre, wenn ein Jurist hätte sagen wollen, daß der Legatar ein schon für die Parteien selbst unverbindliches Urtheil auch ohne Berufung als per injuriam pronuntiatum anfechten könnte. Der Zusammenhang mit den Stellen, die von der Berufungsbefugniß sprechen,[20] und andere Stellen, in denen von per injuriam ertheilten Sentenzen gehandelt wird,[21] lassen es nicht zweifelhaft, was darunter verstanden war. Den Legataren und Erbschaftsgläubigern war neben der Appellationsbefugniß das Recht gelassen, eine Rüge der materiellen Unwahrheit der Sentenz, welche sonst das Rechtsmittel veranlaßt hätte, als einfache Deduktion zur Geltung zu bringen, wenn ihnen die Sentenz als res judicata entgegengehalten wurde.

Wieweit diese Deduktion reichte, kann im Allgemeinen nicht bestimmt werden. Daß nicht jeder leichte Zweifel an der materiellen Richtigkeit der Sentenz dieselbe umwerfen kann, liegt auf der Hand. Selbst wenn man annehmen möchte, daß unter dem per injuriam judicatum mindestens eine culpa lata (im Ge-

---

17) Sie können auch schon während des Prozesses, si suspicantur, non ex fide heredem causam agere, einspringen. L. 14. pr. eod. — S. über die Folgen der collusio oben §. 14. Not. 19. 29.

18) L. 50. §. 1. de leg. I.

19) In diesem Fall scheint der Ausdruck: „perperam judicare“ technisch gewesen zu sein. L. 62. de re jud. 42, 1. L. 2. Cod. de poena jud. 7, 49. L. 42. de lib. caus. 40, 12.

20) L. 5. 14. pr. de app. 49, 1.

21) L. 3. §. 1. de pign. 20, 1. L. 8. Cod. de evict. 8, 45.

gensatz des dolosen perperam judicare) des Judex begriffen sei, darf nicht vergessen werden, daß bei der Darlegung solcher Dinge im römischen Prozeß die freie logische Argumentation waltete. Es läßt sich daher juristisch nicht bestimmen, wie viel der Legatar darthun muß, um seinen Richter davon zu überzeugen, daß die ihm präjudizirliche Sentenz per injuriam gefällt worden sei. Jede überzeugende Darlegung, daß der frühere Richter kulpos verfahren sei, begründet den Verdacht der Unwahrheit seines Urtheils; jede Darlegung einer deutlich erkennbaren Unrichtigkeit der frühern Sentenz, versteht sich auf Grund der damaligen Beweise, begründet die Annahme, daß deren Richter leichtsinnig, nicht seiner fides oder religio entsprechend zu Werke gegangen sei.

Da nun in dem dritten Ausdehnungsfall die Urtheile über Status- und Popularklagen noch weiterhin ihre subjektiven Folgen erstrecken, als die Erbrechtsurtheile, so läßt sich schon vermuthen, wie es dort mit der Anfechtung aussehen wird. Die Appellationsbefugniß hat hier keinen Werth mehr. Soll Jeder, der ein Interesse an dem Statusurtheil oder an der Popularklage hat, appelliren, wenn ihm das Urtheil unrichtig erscheint? Das ist unmöglich. Von der Appellationsbefugniß, die bei den Erbrechtsurtheilen wenigstens noch theilweise eine Rolle spielte, bei Eigenthumsurtheilen das einzige Anfechtungsmittel des successor sciens bildete, schweigen hier die Quellen gänzlich. Dagegen steht es Jedem, außer den Parteien selbst, dem die exc. rei judicatae aus einem Status- oder Popularprozeß entgegengesetzt wird, frei, zu deduziren, daß das Urtheil nur auf contumacia oder collusio gegründet worden sei. Es steht ihm ferner frei, einzuwenden, daß der Richter perperam geurtheilt habe.[22] Es steht ihm ferner, wenn man auch die abermalige Kognition über dieselbe Frage gern vermieden sah und diese nicht um jeder Kleinigkeit willen billigen mochte, frei, darzulegen, daß das frühere judicium in irgend einer Weise durch perfidia getrübt worden

---

22) L. 42. de lib. caus. 40. 12.

sei.[23] Unter diesem allgemeinen Namen scheint noch mehr begriffen worden zu sein, als in dem per injuriam judicatum, nemlich jeder Mangel der für das judicium zu erheischenden bona fides.

Daran schließt sich, daß in jedem negotium publicum, das heißt gegen jedes über ein negotium publicum erkennendes Judikat, ex causa[24] (mittelst neuer Beweismittel) eine Vertheidigung unternommen werden kann, die sonst dem Effekt des Judikats auf die Parteien gegenüber geradezu ausgeschlossen wird.[25]

Je weiter sich also der subjektive Umfang der Judikatswirkung ausdehnt, desto mehr erleichtert sich die Anfechtung derselben. Es liegt auf der Hand, daß die Anfechtbarkeit derselben mit neuen Beweisen, oder durch Darlegung einer culpa judicis der Sentenz nur noch eine relative Festigkeit übrig läßt, welche von der absoluten Kontraktswirkung unter den Parteien sehr verschieden ist. Wäre jederlei Anfechtung gestattet, so würde die angebliche Wirkung der Sentenz inter omnes Nichts weiter sein, als die, ebenfalls nur relative, Beweiswirkung inter omnes. Wenn ungehindert die Unwahrheit deduzirt werden kann, so ist die Sentenz nur noch logisches Wahrheitsargument. Ganz so weit ging die römische Judikatslehre nicht. Wo die Sentenz, sei es auch inter omnes, als Judikat wirkte, bedurfte es doch immer eines besondern Grundes (ex causa), um sie als unverbindlich darzustellen. Indessen leuchtet ein, daß durch diese Anfechtbarkeit der Judikatseffekt in seiner äußersten Ausdehnung dem blosen Beweiseffekt sehr nahe gerückt wird. Die Sentenz in negotio publico, über den Status, verbindet den Dritten kaum weiter, als sie im Stande ist, zu beweisen.

So kehrt der Judikatseffekt da, wo er sich scheinbar am auffälligsten zuspitzt, im Kreislauf zu seiner Basis, zu der in

---

23) L. 3. §. 13. de hom. lib. 43, 29.

24) Das heißt wieder: nicht um jeder Kleinigkeit willen.

25) L. 35. de re jud. 42, 1. gegen L. 2. 4. Cod. de re jud. 7, 52. L. 11. de exc. 44, 1.

der Sentenz bezeugten materiellen Wahrheit zurück. An den Grenzen verwischen sich die Unterschiede des Beweis- und des Rechtseffekts. Unmerklich gehen beide ineinander über. Und darauf darf die römische Doktrin stolz sein. Nicht durchschneidende Linien von und nach abstrakten Rechtsbegriffen gezogen, organische Verbindung der verschiedenen Seiten, Vermittlung der Gegensätze durch die konkrete Auffassung des gegebenen Falls war ihr Ziel. Damit trifft sie das Rechte. Es ist Thorheit, haarscharf bestimmen zu wollen, wo die Sentenz aufhören muß, als Zeugniß der materiellen Wahrheit zu dienen, und wo sie beginnen muß, als Obligation zu wirken. Eins greift in das Andere. Es war viel wichtiger, der realen Wahrheit getreu zu bleiben, als ein streng geschlossenes juristisches System des Judikats aufzustellen; darum weit gerathener, Vieles der gesunden Logik des Richters im Einzelfall anzuvertrauen, als durch eine bis in das Detail fixirte juristische Schablone der Sentenzwirkungen den Richter zu fesseln.

§. 16.

7. Die Organe der Rechtswirkung und causa superveniens.

Der Zweck der vorliegenden Darstellung betrifft mehr das innere Wesen der Judikatswirkung, als deren Aeußerungen. Ich kann die letzteren daher nur beiläufig berühren.

Das Wesentlichste ist, daß die res judicata den in judicium gebrachten Thatbestand des gerichtlich verfolgten Rechtsverhältnisses[1] konsumirt. Ob man diese Wirkung eine Novation nennt, bleibt eben nur ein Name.[2]

Die Aeußerungen des Judikatseffektes schließen sich durchaus an die Quasikontraktsnatur der Sentenz an. Ihre Organe sind die actio judicati und exceptio rei judicatae. Vorzugsweise

1) nicht etwa die einzelnen Thatsachen. S. Pfeiffer, Bd. 37. S. 263.
2) S. Keller, §. 24. Wetzell, S. 47. z. A. Windscheid, die act. §. 12.

jedenfalls die letztere. Denn in den meisten Fällen, in denen sich Gelegenheit gibt, aus der Sentenz Rechte herzuleiten, gibt sich nur Veranlassung zum Gebrauch der exceptio. Die actio judicati hat nur da eine Stelle, wo der durch die Sentenz Berechtigte ein Recht auf eine zu exequirende Leistung aus dem Judikat erlangt hat. Das ist meistens nur bei dem Kläger und nach römischem Recht entschieden nur da der Fall, wo es sich um eine pecuniaria condemnatio handelt. Sie würde sich freilich, wenn man die Exekution in anderer Weise zuläßt, erweitern, wenn nicht die neuere Praxis das Bedürfniß nach der actio judicati durch die Zulassung des einfachen Exekutionsantrags erübrigt hätte.[3]

Daß sich das durch Judikat begründete Recht je nach der prozessualischen Lage des Berechtigten, anstatt zu einer exceptio, zu einer replica formiren kann, ist oben erwähnt worden.

---

3) Wenn die Sentenz das Recht des Klägers anerkennt, so ist es praktisch gerade nach der herrschenden Theorie ziemlich einerlei, ob er aus der Sentenz, oder aus dem Recht, welches die Sentenz darthut, klagt; ober sie als Klaggrund, oder als Beweismittel benutzt.

Es erscheint daher von untergeordnetem Belang, ob nur die exc. rei judic., oder auch die actio judic. aus der Sentenz folgt. Die verneinende Beantwortung der letztern Frage ist der Zweck der Darstellung von Pfeiffer, Archiv, Bd. 37. s. bes. S. 244. ff. Dabei möchte doch die Natur der Sache, die ausdrückliche Bezeichnung der Sentenz als Quasikontrakt ohne die Beschränkung daß daraus nur eine exc. folgen sollte, die Analogie des Eides vor allen Dingen (s. S. 255.) unterschätzt sein. Wie L. 9. §. 1. h. t. 44, 2. u. L. 16. §. 5. de pign. 20, 1. auszulegen, ist, abweichender Weise, schon oben erklärt worden. Sie können nicht für Pfeiffer's Ansicht sprechen. Vgl. auch Wetzell, S. 442 ff. Keller, §. 27. und Windscheid, S. 109. Auch die ältere Lehre leitete die act. judicati entschieden aus der sententia her. S. Bartol., Bald., Paul. Castr. in L. 60. de cond. indeb. 12, 6. Ob der Verklagte aus der Sentenz, die zu seinen Gunsten spricht, klagen oder exequiren kann, ist ebenfalls eine reine Formfrage. Savigny, S. 346. Seuffert, Bd. 8. Nr. 32; Bd. 9. Nr. 336.

Die Fragen, ob die res jud. ipso jure oder ope exc. wirkt, ob letztere die obl. civilis oder auch naturalis aufhebt — von den ältern Schriftstellern an der zitirten Stelle behandelt — liegen außerhalb des vorliegenden Zweckes. Vgl. Pfeiffer, Archiv Bd. 38. S. 331 ff.

Nicht minder ist bereits erwähnt worden, daß die Unterscheidung der positiven und negativen Funktion des Judikates aufhören darf, sobald man auf die natürlichen Grundlagen und die freie logische Interpretation der Urtheilsbedeutung zurückgeht. Die Dienste, welche jene Unterscheidung seither leistete, wird Niemand verkennen. Sie gewährte in der That den einzigen leidlichen Anhaltspunkt für die ganze Lehre. Allein, wenn man die letztere in ihrem innern Zusammenhang mit der realen Wahrheit und der natürlichen Logik erkannt hat, dann wird es nicht zu viel behauptet sein, daß die Auffindung der positiven und negativen Funktion Etwas in die römische Theorie hineininterpretirt hat, was den römischen Juristen vollkommen fremd war.[4] Daß diese Distinktion etwas Künstliches hat, fühlte sich von jeher heraus. Aber man behalf sich damit in Ermangelung eines Bessern. Daß die römischen Juristen, die, bei Licht besehen, niemals ihre Freude lieber an künstlichen, wissenschaftlichen Konstruktionen, als an der gesunden natürlichen Einsicht und der Befriedigung des praktischen Bedürfnisses hatten, jener Unterscheidung gar nicht bedurften, weil sie noch auf der realen Wahrheit des Beweisergebnisses fußten, glaube ich nachgewiesen zu haben. Die positive und negative Funktion bezeichnen nimmermehr das innere Wesen der Judikatswirkung, sie sollen die in den Quellen vorgefundenen Folgesätze, deren leitender Gedanke fehlt, in Kategorien bringen, ohne daß sie den Kern der Sache treffen.

Auch von den Schutzmitteln gegen die Rechtskraft war im Verlauf dieser Darstellung gelegentlich so vielfach die Rede, daß eine besondere Betrachtung nicht mehr erforderlich ist. Der Quasikontrakt kann als solcher, wie jeder andere Vertragsakt, durch gewisse Rechtshülfen angefochten werden. Dahin gehören als vorbeugende Maßregeln die Präskriptionen,[5] als wahre

---

4) Bekker, proz. Cons. S. 13. 136 ff. leugnet bekanntlich die positive Funktion ganz. Vgl. darüber Windscheid, S. 83 ff. Dernburg, Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 347.

5) Keller, §. 58.

Schutzmittel der an sich gegebenen Rechtswirkung die i. i. r., die replica doli[6] und jene weitern Anfechtungen, welche alle darauf hinauslaufen, die Rechtswirkung des Judikats mit der materiellen Wahrheit, wo beide sich zu trennen scheinen, wieder zu versöhnen.

Die Bedeutung der causa superveniens[7] endlich ergibt sich nach dem Bisherigen von selbst. Das Judizium kann nur den Thatbestand verzehren, der wirklich existent war. Daraus, so wie aus dem ferneren Satze, daß diese Konsumtion in der Regel eine definitive und umfassende ist, folgt, in wiefern die Darlegung eines neuen Thatbestandes ohne Gefahr der exc. rei judicatae eine neue Klage begründet. Die erste Frage ist die, was das frühere Judizium verbraucht hat. Dies ist mitunter nur ein Theil des Thatbestandes, wie z. B. da, wo die dingliche Klage wegen Nichtbesitzes des Verklagten abgewiesen worden ist; in der Regel aber ist der ganze Thatbestand des alten Judizium der wiederholten Benutzung entzogen, selbst wenn scheinbar nur ein solcher Grund der Abweisung vorhanden war, daß die neuere Lehre letztere blos „wie angebracht" aussprechen würde.[8] Die causa superveniens[9] muß also einen ausreichenden und durch das Judikat noch nicht ergriffenen Thatbestand liefern. Das Nähere entwickelt sich aus den Ansichten der Römer über den objektiven Umfang des Judikatseffektes.

§. 17.

II. Nach Aufhebung des ordo judiciorum.

Das System der Judikatslehre vollendete sich in der klassischen Zeit unter der Herrschaft des ordo judiciorum. Wir sahen, was jene Gliederung des Prozesses bedeutete, und fanden

6) Keller, §. 61. Puchta, Bd. 2. S. 249—250.
7) S. bes. Savigny, S. 463.
8) S. oben §. 2. Not. 3 ff.
9) Vgl. §. 2. Not. 38.

den leitenden Gedanken der res judicata damit in voller Uebereinstimmung.

Die Umgestaltung des Prozesses, welche die äußere Trennung des jus und judicium verschwinden ließ, änderte daran Nichts. Der innere Unterschied der Rechts- und Thatfrage im Prozeß, das Bedürfniß dispositiver Befugnisse der Parteien und logischer Ermittlung der materiellen Wahrheit dauerte länger, als jene äußerliche Trennung. Der nachdiokletianische kaiserliche Justizbeamte, welcher nun den ganzen Prozeß leitete, hatte in der Kognition der Thatsachen die nemliche Stellung, wie vordem der Volksrichter.[1]

Verhandlungsmaxime und juristische Beweisregel blieben nach, wie vor, fremd. Nach, wie vor, wurde wirkliches Beweisverfahren vorausgesetzt. Das Eremodizialverfahren erhielt sich in Uebung. Noch Justinian in der L. 13. Cod. de judiciis. 3, 1. betrachtete dasselbe als das einzig mögliche Kontumazialverfahren der Beweisverhandlung.

Wenn in irgend einem Punkte, so war es die wesentlichste Aenderung, daß, wie nach §. 10. Inst. de exc. 4, 13 schon von Zeno verfügt worden sein soll, die Abweisung auf Grund einer dilatorischen Einrede nicht mehr den gänzlichen Verlust der Sache für den Kläger zur Folge haben sollte. Damit war die Zurückweisung, „wie angebracht", also eine ganz neue Bedeutung der Sentenz, welche für die Auslegung des objektiven Judikatsumfangs sehr wichtig wurde, gut geheißen.

Im Uebrigen konnte die Rechtskraftslehre vollkommen in der alten Uebung bleiben. Die Sätze der klassischen Juristen konnten noch in der justinianeischen Sammlung[2] als geltendes Recht ohne irgend welche erhebliche Modifikation benutzt werden.[3]

---

1) Vgl. Puchta, Bd. 2. S. 274 ff.

2) Den Kern der Lehre bildet der Pandektentitel de exc. rei jud. 44, 2.; der Kodex hat diese Rubrik nicht, und in dem Titel de re judicata. 7, 52. und quibus r. j. non nocet. 7, 56. finden sich nur dürftige Notizen.

3) Die L. ult. Cod. de fidej. 8, 41. ist oben §. 13. Not. 31. 32. erklärt worden. Sie enthält keinen Eingriff in das Prinzip der Judikatslehre, son-

Gleichwohl brachte die Aufhebung des ordo judiciorum mittelbar von anderer Seite her der Theorie der res judicata Gefahr.

Wenn es galt, menschliche, materielle Wahrheit in den Gerichten zu üben, so leistete das Institut der judices pedanei gewiß die besten Dienste. Der ewige Wechsel der Judizes, der immer neue Eintritt gebildeter Laien in das Richteramt erhielt die freie Logik der Beweisprüfung in stets frischer Bewegung. Wiewohl die Auswahl der Richter „aus dem Volk" oder bevorzugten Klassen desselben sicherlich nicht der einzige Grund war, aus dem sich die Beweisprüfung ohne gesetzliche Regeln so lange bewährte; wiewohl angenommen werden darf, daß sich an derselben nicht minder die Juristen von Profession in der klassischen Zeit bewährt haben würden,[4] so ist es doch klar, daß, wo die Beweisprüfung von ständigen, juristisch studirten Beamten gehandhabt wird, leicht eine andere Richtung entsteht.

Dies gilt vollends von einer Zeit, in welcher, wie unter den spätern Kaisern, die lebendige Rechtsbildung in Stillstand, oder wo vielmehr mit den sittlichen Zuständen Rechtsgefühl und Rechtstrieb in's Sinken gerieth und sich höchstens die eingelernte, todte Kenntniß des positiven Rechtsbestandes erhielt.

Es ist hier nicht der Ort, die Schicksale der Beweistheorie genauer zu verfolgen. Es ist Thatsache, daß die schwindende Selbstständigkeit und Selbstthätigkeit des Geistes in politischen und wissenschaftlichen Dingen auch die freie Logik der Wahrheitsfindung bedroht. In den kaiserlichen Gerichtshöfen mochten sich willkührlich oder unwillkührlich, aus Bequemlichkeit oder Nothwendigkeit, manche Sätze über die Beweisprüfung festsetzen, welche früher niemals die Geltung allgemeiner Regeln beansprucht hatten. Die früher nur als Ergebnisse lebendiger Erfahrung,

---

dern nur eine Umgestaltung der Lehre von der Bürgschaft. Savigny, S. 279. Not. m.

4) Dafür bürgen ihre von gesunder Logik und Lebenserfahrung zeugenden (konkreten) Aussprüche über Beweisfragen, die man freilich niemals hätte als allgemeingültige Gesetze behandeln sollen.

vorbehaltlich ihrer konkreten Anwendbarkeit, hingestellten Urtheile der Juristen oder Richter erstarrten zu todten Rechtsregeln. So bereitete sich, unterstützt durch einige Kaisergesetze, vor, daß Justinian eine, wenn gleich höchst lückenhafte, Reihe von abstrakten Beweisvorschriften aus allerlei dazu von Haus keineswegs bestimmtem Material zusammensetzte;[5] schwerlich mit bewußter Voraussicht, welche Bahnen er auf viele Jahrhunderte hin dadurch der Rechtsentwicklung, nicht zu ihrem Segen, eröffnete.

Der Rückschlag auf die Lehre vom Judikat, welche, wie wir sahen, vollständig mit der materiellen Wahrheit des gerichtlichen Beweises verwachsen war, ist augenscheinlich. Beweisregeln machen formale Wahrheit. Wenn die gesetzliche Regel erfüllt ist, bleibt die reale Wahrheit gleichgültig. Die Folgen werden sich im nächsten Abschnitt näher ergeben.

Ein positives Zeugniß für den Einfluß jener Richtung darf aus der L. 13. Cod. de sent. (7,45) entnommen werden. Manchen Richtern war es schon damals zur Gewohnheit geworden, blindlings der Sentenz, nicht nur als Präjudiz über Rechtssätze, sondern auch als Beweisgrund, zu folgen. Schon mußten sie ermahnt werden, davon abzulassen und veritatem sequi Denn nur darum für wahr halten, quia ita judicatum est, erhält nicht bei der materiellen Wahrheit.

Die relative, rein logische Beweiswirkung der Sentenz aber ließ sogar Justinian, trotz seiner Liebhaberei an regulativmäßiger Rechtssprechung, unangetastet.

§. 18.

III. Weitere Entwicklung der Lehre.

Die am Schluß des letzten Abschnitts angedeutete Wandlung vollzog sich in grellster Weise durch die italienische Juristenschule des Mittelalters.

---

5) Die Titel der Digesten und des Kodex de probationibus, de instrumentis und de testibus.

Die Art, wie das römische Recht in seinem durch Justinian gesammelten Bestand von den Glossatoren behandelt wurde, ist zu bekannt, als daß sie hier wiederholter Darstellung bedürfte.[1] Der Wortlaut des positiven Rechts war das Fundament der kasuistisch-scholastischen Lehre. Leitende Prinzipien oder die dogmatische Entstehung zu verfolgen, lag nicht in dieser Richtung. Dabei wurde die Unkenntniß des römischen Prozesses so folgenreich, daß darum allein schon der ganze Karakter des Rechts eine andere Physiognomie annahm.

Zwei Dinge sind es, von denen zu dem vorliegenden Zweck, in allgemeinen Umrissen ein Bild von der Umgestaltung der Judikatslehre zu entwerfen, auszugehen ist. Die Herrschaft der Verhandlungsmaxime und der juristischen Wahrheitsregel im Beweisverfahren. Beides kann einfach als Thatsache hingestellt werden. Die Gründe, warum das erneuerte Rechtsstudium diese beiden Elemente in das gerichtliche Verfahren einführte, zu erörtern, ist schon deshalb unnöthig, weil hier die Wahl eines andern Wegs ebensowenig geboten erschien, wie einst in dem römischen Recht, da es den entgegengesetzten Weg einschlug.[2] Man war von der innern Nothwendigkeit so sehr überzeugt, daß sich kaum einige Spuren von Zweifeln an der Richtigkeit dieser Prinzipien erweisen lassen.

Die im Korpus Juris gesammelten Entscheidungen von Beweisfragen galten von Haus aus als unumstößliche, allgemein gültige Regeln. Das kanonische Recht bereicherte diese Sammlung durch eine neue Reihe ähnlicher Erlasse.[3] Daran schloß sich

---

1) Vgl. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. 5. S. 201 ff.

2) §. 1. Not. 23. — Wenigstens sind die Räsonnements über die Möglichkeit und Nützlichkeit einer andern Beweistheorie so vereinzelt und bruchstücksweise, daß sie der legalen Doktrin gegenüber kaum in Betracht kommen. — Cf. z. B. Bald. in L. 43. de minor. 4, 4., welcher von Jacob. a porta Rav. berichtet, daß er gelehrt habe, circa modum probandi non posse dari regulam. Fulv. Pacian. de probat. I. c. 5. nr. 22.

3) bes. tit. X. 2, 19 ff. de probationibus, de testibus und de fide instrumentorum.

eine grenzenlose Masse doktrineller, kasuistisch gefundener Regeln. Es war geradezu die Meinung der Theorie, dem Richter die als Willkühr und Unsicherheit verschrieene freie Logik der Wahrheitserkenntniß ganz und gar abzuschneiden, für alle denkbaren Fälle nur von der gesetzlichen Bestimmung des positiven oder wissenschaftlichen Rechts abhängen zu lassen, ob der Richter Etwas für wahr halten dürfe, oder nicht.[4] Die gesammte Beweisprüfung sollte nicht mehr ein menschliches Sichüberzeugen sein, sondern eine Prüfung, ob die Beweismittel den gesetzlichen Erfordernissen, unter denen das abstrakte Gesetz etwas für wahr erklärt wissen will, entsprechen. Das Ergebniß solcher Beweisprüfung kann nur gesetzliche, oder juridisch-formale Wahrheit sein. Die Thatfrage ist alsdann auch lediglich eine Rechtsfrage; sie hört also auf, einen wahren Gegensatz gegen die eigentliche Rechtsfrage zu bilden.[5]

Mit der Beweisregel ging Hand in Hand die Verhandlungsmaxime. Diese Verbindung ist zwar keine absolut nothwendige, aber doch eine höchst natürliche. Die confessio, bei der nicht nach der logisch überzeugenden Kraft, sondern nach der Erfüllung der juristischen Vorbedingungen gefragt wurde, erschien als das beste Beweismittel.[6] Das Institut der Positionen, welche die Grundlage der Beweisverhandlungen bildeten, hatte den ausgesprochenen Zweck, wo möglich eine confessio zu veranlassen.[7] Fiktionen als Rechtsnachtheile des Ungehorsams traten an die Stelle der alten Eremodizialverhandlung.[8] Was nicht durch Ge-

---

4) Menoch., de arbitr. jud. prooem.

5) Ich verweise im Allgemeinen auf die Kommentatoren der titt. Dig., Cod., u. X., de prob. etc. und auf die Prozessualisten Pillius, Tancredus, Durantis u. A. Die umfassendste Uebersicht gewährt Mascard. de probat. in 3 Foliobänden; auch allenfalls Menoch. de praesumt. und de arbitr. jud. und das bereits erwähnte Werk Pacian. Mutinensis de probat.

6) Probatio fortior. Masc. I. qu. 7. nr. 3. sqq. Menoch. de praes. II, 51. nr. 39.

7) S. darüber z. B. Durant. Spec. II, 2. de posit. — Rob. Maranta, de ord. jud. VI. rubr. de posit. — Roßhirt, kanon. Recht, S. 262.

8) Daß das Verständniß des eremodicium fehlte, ersieht sich leicht aus der Gloss. ad L. 13. Cod. de judic. 3, 1.

ständniß oder Fiktion erledigt wurde, mußte allerdings bewiesen werden. Allein in sukzessiven, schriftlichen Handlungen, bei sorgsam getrennten Parteirollen bewegte sich der Streit um die Thatfrage, oder vielmehr um deren in einzelne Positionen zerrissene Elemente, weiter. Die Beweisaufnahme selbst war lediglich Sache des Richters. Die Schritte der Parteien, ihre Beweisantretungen, Angriffe, Vertheidigungen und Deduktionen drehten sich alle um die juristische Frage, ob dem Gesetz so weit genügt sei, daß der Richter für wahr oder für nicht wahr halten muß.

Der Richter selbst aber, abhängig von der Beweisregel, ist ferner vollkommen abhängig von den Anträgen und dem Vorbringen der Parteien.[9] Er darf aus sich Nichts wissen; er hat nur das, was ihm jene vorlegen, juristisch zu beurtheilen.

Auf solchen total veränderten Grundlagen mußte sich die Sentenz ganz anders ausnehmen. Zunächst freilich scheint die Verhandlungsmaxime der römischen Idee des Quasikontrakts nicht entgegenzustehen. Was thut es, ob die Thatfrage durch contumacia oder confessio erledigt wird, da auch das römische Recht die sogar auf collusio gegründete Sentenz als Quasikontrakt der Parteien ansah und ansehen durfte.[10] Je mehr die Verhandlungsmaxime den Schwerpunkt in die Parteihandlungen legt, denen der Richter vollständig sich unterordnen muß, desto leichter wird es ja, die Sentenz als Produkt der Parteienthätigkeit darzustellen. Allein die Selbstthätigkeit der Parteien ist nur eine scheinbare. Nicht freie Dispositionsbefugniß, — diese wäre ja auch als Erzeugerin der Wahrheit ein Unding, — sondern die Erfüllung der juristischen Formen, aus denen die legale Wahrheit fließt, ist der Sinn der Parteihandlungen. Kein Wunder

---

9) Der judex soll nur secundum allegata urtheilen. Diesen Satz im Sinn der strengsten Verhandlungsmaxime entnahm man aus L. 6. §. 1. de off. praes. 1, 18. S. z. B. Bald. ad h. l. Mascard. de prob. I. qu. 2. nr. 15.

10) S. §. 13. z. A.

daher, daß die Bezeichnung der Sentenz als Quasikontrakt vergessen wurde,[11] oder unverstanden blieb, obwohl die Umstände auf den ersten Blick darzu angethan scheinen, gerade nach diesem Begriff hinzudrängen.

Allein selbst wenn der obligatorische Karakter der Sentenz vollkommen klar gewesen wäre, so hätte doch die Anwendbarkeit nicht weit gereicht. Im römischen Recht verdankte die Sentenz ihre Wirkung, wie wir sahen, nur zu einem Theil der Parteiendisposition, zum andern Theil dagegen der über den Parteien stehenden, unbeschränkten richterlichen Kognition und der materiellen Wahrheit ihres Inhalts. Indem die juridische Wahrheit an die Stelle der letztern trat, zog man der Lehre von der res judicata den Boden unter den Füßen weg. Weder die subjektiven Erweiterungen der Judikatswirkung über die Parteien hinaus, noch auch die Judikatswirkung unter den letzteren selbst, in ihrer objektiven Bedeutung, ließ sich aus einem inneren Prinzip, wenn man darnach überhaupt gesucht hätte, ferner erklären.

Dafür geben die Bemerkungen über die Ansichten der späteren Doktrin, welche oben gelegentlich angereiht wurden, hinlängliche, Beispiele. Wie schwierig unter solchen Umständen eine, auch nur leidliche, Interpretation und eine, wenn auch noch so dürftige, Vereinbarung der einzelnen Stellen wurde, begreift sich von selbst. Offenbar fühlte man dies ziemlich deutlich. Nur die wenigsten Kommentatoren gingen überhaupt an die Bearbeitung

---

11) S. oben §. 3. Der Quasikontrakt wird zwar in der Gloss. ad L. 3. §. 11. de pec. 15, 1. erwähnt (celebratur sententia); ebenso von den Kommentatoren z. B. Bart. und Bald. in h. l.; allein dies ist ein leerer Name für die Wirkungen, welche hauptsächlich in der Exegese der L. 60. de cond. indeb. 12, 6. dargestellt werden. — Bei Interpretation der L. 56. de re jud. schien es sich nur um die Frage zu handeln, an parata sit executio sententiae, jurisjurandi confessionis. S. Bartol., Zasius ad h. l. — Es wurde, wo von der obligatorischen Natur der Sentenz die Rede war, immer fast nur die aufhebende (novirende) Wirkung gemeint. S. noch Brunnem. ad L. 3. §. 11. cit. Die eine Obligation erzeugende Wirkung und die exc. rei jud. wurde dagegen vernachlässigt. Diese letztere stellt erst Donell. lib. 22. c. 5. ausführlich, jedoch, wie es scheint, lange Zeit, ohne Schule zu machen, dar.

des Pandektentitels de exceptione rei judicatae.[12] Selbst diejenigen sind nicht sehr zahlreich, welche den Titel de re judicata bearbeiteten.[13] Das Material zersplittert sich in den Kommentaren anderer Stellen, in den Konsilien[14] und Prozeßdarstellungen.[15]

Der formellen Behandlung der Gesetze und des Rechts überhaupt entsprach auch die Behandluug der Sentenz. Die Gültigkeit derselben hing zunächst von äußeren Voraussetzungen ab, deren Bestimmung eine Hauptaufgabe der Doktrin zu sein schien.[16] Es fragte sich zunächst, ob die Sentenz nach ihrer Form, nach ihrer Kompetenz, nach dem vorausgegangenen Verfahren der Rechtskraft fähig sei. Dabei gab es eine Menge von Dingen, welche ohne Weiteres die Sentenz unkräftig machten, eine Menge, welche nur deren Anfechtung zuließen.[17] Viele der Entkräftungsgründe waren, obwohl die Sentenz des Verhandlungsprozesses nur aus den Parteihandlungen hervorzugehen scheint, der Einwirkung der Parteien ganz entzogen, während umgekehrt wieder wesentliche Mängel nur dann in Betracht kommen konnten, wenn sie die Parteien rügen.[18] Nach allen diesen Unterscheidungen war es schon eine schwierige Materie, an valeat sententia, und an praesumatur pro sententia.[19]

---

12) Dahin gehören Petrus de Bellapertica, Bartolus, Paul. Castrensis.

13) Dahin gehört bes. noch Jason de Mayn.

14) Bes. des Bald. und Alex. Tartagn.

15) S. z. B. Durant. II, 2. de sent. Lanfranc. de Orian. pract. aurea, rubr. de interloc. et appell.

16) Vgl. z. B. Durant. II, 2. de sent. §. 3 ff. a quo, quando, quomodo sententia sit proferenda. Alles das wird ziemlich ausführlich besprochen, während der Abschnitt: de effectu sent. ziemlich knapp abkommt. Ebenso bei den meisten späteren Prozessualisten.

17) Daraus entstand die Lehre von den heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten.

18) Lanfranc. de Or. fol. 84. nr. 75.

19) Masc. concl. 1296. S. auch Bart. in L. ult. de appell. 49, 1. Alex. Tart. III. cons. 35. nr. 1. VI. 93. nr. 5. — Beispielsweise vgl. über die sententia extra tempus lata Alex. VI. 64.; sine expressione quantitatis lata Bart. in L. 5. §. 1. de re jud.; über defectus solennitatum Durant. l. c. Masc. l. c. nr. 8. sqq. u. s. w.

Auf die Einzelheiten dieser Lehre werden wir gern verzichten. Es genügt, zu erkennen, daß die Sentenz rein als formaler Akt,[20] mit gewissen Rechtswirkungen ausgestattet, betrachtet wurde, ohne daß man sich von der innern Beschaffenheit weiter Rechenschaft gab.

Was in dem römischen Recht materielle Voraussetzung gewesen war, mußte jetzt gleichfalls zur formellen werden. Dort beruhte der Begriff der Sentenz, wie oben gezeigt, wesentlich auf dem Vorhandensein einer wahrhaften Prüfung der Thatfrage. Die in der mündlichen Beweisverhandlung gewonnene Ueberzeugung des Richters war die Trägerin der Sentenzwirkungen. Da jetzt keine mündliche Verhandlung mehr stattfindet, vielmehr der Prozeß auch im Beweisabschnitt sich in schriftlichen Sätzen bewegt, so sind jetzt die acta,[21] die Form des Libells,[21a] die Positionen, kurz die äußere Erscheinung der einzelnen Handlungen die Basis der Sentenz. Eine wirkliche Beweisverhandlung unter Mitwirkung der Streittheile, wie im römischen Recht, existirte nicht mehr.[22] Für die Sentenz war es nicht mehr masgebend, wie der materielle Inhalt des Verfahrens beschaffen, sondern nur, daß das letztere legal sei. Nichts hinderte jetzt, das Kontumazialverfahren auch über die Beweisinstanz zu verbreiten.[23] Worauf Alles ankam, war nur, daß der Begriff der contumacia legal erfüllt werde.[24] Warum sollte auch die Frage, ob das

---

20) stricti juris; s. Bartol. und Bald. in L. 1. Cod. de sent. Alex. Tart. VI. cons. 48. nr. 9.

21) Das ist dasselbe wie die allegata; s. oben Not. 9.

21 a) sententia super libello inepto lata est nulla. Alex. VI. cons. 143; sie muß libello conformis sein; V. 72. nr. 3.

22) Ich erinnere nur an das Verfahren bei dem Zeugenbeweis. Die Abhörung erfolgte in Abwesenheit der Parteien über die Positionen, bzw. die von den Parteien formulirten Artikel. — Die Deduktion in den zulässigen Handlungen wurde zur schriftlichen.

23) Indessen ging die Einführung der poena confessi erst allmählig von Statten; zunächst bei den Positionen.

24) Man unterschied contumacia vera und ficta. Das Wesentlichste war die gehörige Citation. Masc. l. c. nr. 30. sqq. und die Kommentare zu L. 53. de re jud. 42, 1.

Beweisverfahren wirklich stattgefunden, Etwas ausmachen? Auch da, wo ohne contumacia verfahren wurde, fragte man ja nicht nach der Ueberzeugung von der realen Wahrheit, sondern, ob die juristischen Erfordernisse erfüllt worden seien. Das Resultat der Sentenz bezeichnete in dem einen Fall so wenig, wie in dem andern, die Ueberzeugung des Richters, in beiden vielmehr nur die Erfüllung des Gesetzes.

Wenn man verlangte, daß jede Sentenz sich auf probationes stützen sollte,[25] so ist das kein Widerspruch. Denn unter probationes sind nicht logische Ueberzeugungsgründe gemeint, sondern legale Beweismittel. Dazu gehört aber Alles, was den Richter zwingt, gesetzlich für wahr zu erklären. Also vor allen Dingen die confessio, das verbindliche Geständniß, welches im römischen Recht nur Surrogat der Wahrheit war.[26] Dahin gehört denn auch selbst die contumacia, welche die praesentia partis ersetzt.[27]

Ein durchweg auf formellen Voraussetzungen beruhender Rechtsakt muß natürlich auch demgemäß interpretirt werden. Der Wortlaut der Dezisive ist das zunächst Entscheidende; die Interpretation derselben kann sich nicht mehr an der Hand der freien Logik bewegen, sondern muß in juristischer Methode die juristisch greifbaren causae, quae apparent ex actis, verfolgen. Beispiele, wie sehr man dabei von den römischen Quellenzeugnissen, welche nur aus der natürlichen Folgerung zu verstehen sind, abkam, waren oben genugsam ersichtlich. Die conceptio libelli, die petita, die positiones u. s. w. sind die Anhaltspunkte, welche den objektiven Werth der Sentenz bestimmen. Selbst die Ent-

---

25) Bartol. und Bald., Cyn. in L. 4. Cod. de sent. 7, 45. Masc. I. qu. 1. nr. 10. 11. — In demselben Sinn wird eine cognitio als unbedingte Voraussetzung gefordert. Masc. concl. 1296 nr. 36. sqq.

26) Daß sie jetzt nicht mehr blos levamen ab onere probandi war, s. Masc. I. qu. 7. nr. 1. sqq.

27) Masc. concl. 1296. nr. 29.

scheidungsgründe sollten, anstatt nach ihrer inneren Bedeutung, nur nach der äußeren Gestalt gemessen werden.[28]

In subjektiver Beziehung war die Regel, daß die Sentenz als Judikat nur intra easdem personas wirkt, anerkannte Wahrheit.[29] Wir haben oben gesehen, wie man sich mit den Erweiterungen des römischen Rechts abzufinden suchte.

Der Hauptunterschied zeigte sich aber darin, daß mit dieser Judikatswirkung der subjektive Umfang jeden Einflusses der Sentenz abgeschlossen war. Dies lag in der Natur der Sache.

Das Erkenntniß, welches nicht mehr auf die Ermittlung materieller Wahrheit gebaut wird, vielmehr nur aus der formalen Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen hervorgeht, kann nicht weiter als Zeugniß der Wahrheit gelten. Die Wahrheit ist darin nicht verbürgt; nur die Legalität. Die Sentenz macht also selbst nur formale oder juridische Wahrheit. Daß diese letztere nicht gegen jeden Beliebigen wirken kann, versteht sich von selbst. Nur der reelle logische Zeugnißwerth kann gegen jeden Dritten benutzt werden. Das Ergebniß des Verhandlungsprozesses dagegen kann nur inter partes gelten. Die juridische Wahrheit des Urtheils reicht also gerade so weit, wie dessen Geltung als Judikat. Rechts- und Beweiswirkung fallen vollständig zusammen. Wo das Urtheil obligirt, macht es juridisch wahr, und wo es juridisch beweist, da obligirt es.[30]

Es ist völlig einerlei, ob man sagt, die Sentenz, welche ausspricht, fundum actori esse oder reum debere ex mutuo, begründet eine Verbindlichkeit, oder sie liefert den Beweis der Dezisive. Es ist ebenso einerlei, ob man sagt, die absolutorische Sentenz dient dem Verklagten als Beweis, daß der Kläger das

---

28) S. §. 11. Not. 23.

29) S. §. 13. Not. 7. 9.

30) Dieselbe Wahrnehmung zeigt sich in der legalen Beweistheorie an vielen Stellen; denn ihre Wahrheitswirkung ist in der That Nichts, als eine legale Obligation, die juridische Wahrheit anzuerkennen. So sind die Fragen, an instrumentum obligationem continens probet, sive praejudicet, und an obligatio instrumento inserta probet, s. praejudicet, ganz identisch.

verfolgte Recht nicht hat, oder sie gibt dem Verklagten die Befugniß, die nochmalige Verfolgung desselben Rechts abzulehnen. Mithin kann es nicht befremden, wenn die Sentenz ebenso oft als probatio, wie als res judicata behandelt, wenn die Frage, an probet, und, an praejudicet, als identisch betrachtet wird. Die sogenannte Beweisfähigkeit hat ganz und gar die nemlichen Voraussetzungen,[31] wie die Rechtskraft.

Welch eine weite Kluft diese Auffassung von der des römischen Rechts trennt, läßt sich leicht ermessen. Die natürliche Beweiswirkung der Sentenz ist mit der realen Wahrheit abhanden gekommen. Daraus folgt, daß einmal, da nur unter denselben Personen die Sentenz wirken kann, über die nemlichen Thatsachen ganz anders entschieden werden mag, sobald dieselben einer anderen Person gegenüber in Betracht kommen. Die Sentenz ist ja hier ganz werthlos. Wirklich scheute sich die Doktrin gar nicht, und konnte sich konsequenterweise nicht scheuen, duas contrarias sententias super eodem ganz wohl möglich zu erachten.[32] Jede machte ja nur juridische Wahrheit. Bis zur Stunde hat die Gerechtigkeit an diesen unnatürlichen Folgesätzen zu leiden. Wiewohl die Praxis sich instinktiv bemüht, die widersinnigen Härten solcher Lehren abzuschleifen, so sind doch die Fälle noch immer nicht wenig zahlreich, in denen auf solche Weise Wahrheit gegen Wahrheit gestellt und namentlich mit dem Eid ein unverantwortliches Spiel getrieben wird.

Daraus folgt ferner, daß, soweit die Sentenz wirksam ist, das Verhältniß ihres Inhalts zu der materiellen Wahrheit ganz gleichgültig erscheint. Mit einem gewissen Behagen ergeht man sich in Bildern, was in dieser Hinsicht die Sentenz inter partes

---

31) Ich verweise auf die Zusammenstellung bei Masc. concl. 1296. Dort wird untersucht, an et quando pro sententia praesumatur. Es wird folgeweise geprüft, an pendente appellatione pro ea praesumatur, an nullitate probata, an prolata in contumacem etc.; also lauter Dinge, die gerade so für die eigentliche Judikatswirkung erheblich sind, wie sie hier für die Beweiskraft (die praesumtio pro sententia) bestimmend sein sollen.

32) S. z. B. Bartol. in L. 19. h. t. 44, 2.

zu leisten vermag. Ex albo facit nigrum, ex nigro album;[33] naturalia vincula mutat, et falsa in verum;[34] de indebito debitum etc.[35] Sie macht Wahrheit, unumstößliche juridische Wahrheit ganz abgesehen von der materiellen Wahrheit.[36] Das ist nun der Sinn des Satzes: res judicata pro veritate habetur; für welchen man unverständigerweise das römische Recht verantwortlich erklären will. Niemals hat das römische Recht auch nur eine Ahnung von dieser Verirrung des juristischen Geistes gehabt. Kein Schritt in seiner Rechtskraftslehre hatte, wie wir gesehen haben, ein anderes Ziel, als die wirkliche Wahrheit, und eine andere Grundlage, als deren logisch freie Erforschung.

Daraus folgt endlich, daß die Rechtskraft der Sentenz, da diese mit der realen Wahrheit in keinem nothwendigen Zusammenhang steht, überhaupt nicht mehr davon abhängt, ob der Richter eigentlich etwas Thatsächliches darin feststellt. Ich erwähnte bereits, daß die formelle Lehre die Wirkung der Kontumazialurtheile mit vollem Recht derjenigen der auf wirkliches Beweisverfahren ergangenen gleichstellen darf. Wo Alles zuletzt auf juridische Wahrheit hinausläuft, wird es gleichgültig, ob die Sentenz überhaupt in die Thatfrage eingeht. Sie hat ja in jedem Fall nur Rechtswirkung. Rechtswirkung läßt sich aber auch dem Erkenntniß beilegen, welches nur die Rechtsfrage entscheidet. So mag denn wenigstens beiläufig angedeutet werden, daß hierin die Quelle jener den Römern ganz unbekannten Unterscheidungen, der sententiae definitivae, vim definitivae habentes etc., und

---

33) Jason in L. 60. de cond. indeb. nr. 2.

34) Aym. Cravett. cons. 29. nr. 1.

35) Masc. l. c. nr. 14 sqq.

36) Contra notorium, contra evidentiam facti u. s. w. Bald. in L. 1. Cod. sent. resc. non poss. nr. 3. — Indessen wollte man möglicherweise deshalb restituiren. — Das Verhältniß zur materiellen Wahrheit, zu dem error judicis und partis u. s. w. wurde dadurch schwierig. Cf. z. B. Alex. Tart. cons. VI. 39. nr. 21. 22.

der Kontroversen um die Appellabilität dieser oder jener Erkenntnisse, namentlich der Interlokute, enthalten ist.[37]

Fassen wir Alles zusammen, so lassen sich die Grundprinzipien kurz so resumiren. Was Sentenz ist, bestimmt sich nach formalen gesetzlichen Voraussetzungen. Jede formale Sentenz obligirt. Jede formale Sentenz macht auch wahr. Beides aber nur, abgesehen von einigen positiven Ausnahmen, inter partes.

Mit grellen Farben würden sich die Folgen dieser Auffassung darstellen lassen. Indessen kann zugegeben werden, daß sich allmählig Manches milderte. Der Muth jener scholastischen Betrachtungsweise, welche die äußersten Extreme gerecht fand, wenn sie einmal aus dem positiven Recht herausinterpretirt werden mußten, hat denn doch schrittweise abgenommen. Vielerlei unrichtige Ansichten fanden, wie namentlich z. B. von Donell und Zasius,[38] ihre Widerlegung. Allein gleichwohl blieb der Zustand der ganzen Lehre im Wesentlichen derselbe. Selbst wenn die besseren Darstellungen der Rechtslehre einen Erfolg gehabt hätten, den sie in der That nicht hatten, würde man immer jede innere Nothwendigkeit vermissen. Das Kapitel von der res judicata war und blieb eine künstliche und mangelhafte Zusammensetzung aus den bald richtig, bald falsch verstandenen Quellenaussprüchen.[39]

Das wurde, wie jeder Kommentar der betreffenden Titel, jedes Lehrbuch und jede Dezisionensammlung bis dahin beweist, nicht anders, bevor die Schriften des Gaius ein neues Verständ-

---

37) Vgl. Durant. II. 2. de sent. §. 2. — Diese rubrica gibt überhaupt ein Bild von dem Bestande der Lehre zu seiner Zeit.

38) Deren Kommentare zu tit. Dig. de re jud. 42, 1. und über die exc. rei jud. entschieden das Beste enthalten, was die vergangenen Jahrhunderte liefern.

39) Man vergleiche nur beispielsweise Leyser, med. Spec. 470—472. 514. Lauterbach, coll. theor.-pract. Voet. com. ad tit. Dig. 42, 1. und 44, 2. u. a. bis auf die Lehrbücher vor Keller herab. Ueberall wird sich eine große Unklarheit und große Dürftigkeit ergeben.

niß des römischen Prozesses eröffneten. Keller's Darstellung der Litiskontestation und des Urtheils bezeichnete einen Epoche machenden Abschnitt in der Dogmengeschichte der Rechtskraft, und nicht blos der Rechtskraft. Zum ersten Male wurden leitende Prinzipien in dem Labyrinth der kontroversen Einzelheiten gegeben und gezeigt, daß nicht reine Willkührlichkeit diese Lehre beherrschte. Auf den gewonnenen Resultaten fußend, konnten Andere weitere Berichtigungen alter Irrthümer zufügen.[40]

Am wichtigsten unter den Nachfolgern wurde auch hier die Bearbeitung Savigny's, welche, wie sich uns an vielen Stellen ergab, nicht nur in der Erklärung einzelner Punkte das Beste leistete, sondern auch dem Kern der Sache so nahe rückte, wie keine vor ihr. Daß gleichwohl noch viel zu thun blieb, fühlte wohl jeder aufmerksame Betrachter. Eine Reihe weiterer Arbeiten hat zu ergänzen, zu widerlegen, oder zu vertheidigen gesucht, wo das Bisherige unzureichend erschien.[41]

So hat denn zur Zeit die Lehre bereits ein ganz anderes Ansehen gewonnen. Gleichwohl ist das erfreuliche Streben und Ringen noch längst nicht dem Ziele nahe. Im Gegentheil machen die neuesten Darstellungen eine Besorgniß rege, welche die ganze Methode der Rechtsausbildung nicht an dieser Stelle allein trifft. So nützlich die Entdeckung des Gaius und anderer Rechtsquellen geworden ist, so hat sie doch nicht blos günstige Folgen gehabt. Durch die überraschende Einsicht in viele Formen des römischen Rechts hat sich ein großer Theil der Lehrer bestimmen lassen, in den Formen und Formeln mehr zu erblicken, als der gesunde Sinn der Römer darin sah. Aus den einzelnen Formen, wie sie ein Gaius mittheilt, zu deduziren, und aus dem Einzelnen zu konstruiren, liegt der gelehrten Forschung leicht nahe. Die Folge davon ist, daß das römische Recht sich oft ausnimmt, wie eine

40) Vgl. Bekker, die proz. Cons. §. 2.

41) So die im Verlaufe dieser Darstellung öfter angezogenen Darstellungen von Bekker, Windscheid, Pfeiffer, Wetzell.

Mosaik, die, wenn vielleicht auch im Ganzen dem Kunstkenner ein schönes Bild darbietend, jedenfalls mühselig aus einer Fülle von Einzelheiten zusammengesetzt ist. Die römischen Juristen würden oft erstaunen, wenn sie sähen, welche unglaubliche Kunst wir brauchen, um sie zu begreifen, und es kaum bei dem Erstaunen bewenden lassen, wenn sie sähen, welch verwickelte, künstliche Bildungen und Systeme, mit denen sie niemals vor ihre Zeitgenossen zu treten gewagt hätten, ihnen untergeschoben werden.

Darin liegt gerade der Grund, und, man muß gestehen, ein sehr rechtfertigender Grund, der Abneigung gegen das römische Recht bei vielen Laien und Juristen. Und doch verdient das römische Recht am allerwenigsten diese Abneigung. Ich weiß nicht, ob es mir gelungen ist, die Ueberzeugung zu begründen, daß in der hier behandelten Materie ein sehr einfaches Prinzip, weit großartiger, als die künstlichste, gelehrteste Erfindung des subtilsten Juristenverstandes, der leitende Faden ist. Ich habe es wenigstens versuchen wollen, weil ich überzeugt bin, daß ebenso in anderen Zweigen des Rechtsgebietes unter der Masse von Folgerungsresultaten, in welche der uns überlieferte Bestand des römischen Rechts zerrissen ist, ein Prinzip verdeckt liegt, welches an sich höchst einfach, naturgemäß und einem Jeden ohne Unterschied der Nationalität einleuchtend sein muß, weil es auf der natürlichen Logik basirt. —

Und die praktischen Schlüsse, welche die hier unternommene Darstellung liefert? So wird wenigstens von Manchen gefragt werden. Was nützt es, aufzuzeigen, wie es im römischen Recht war? Die Hauptsache, daß gezeigt wird, wie diese Grundsätze heut zu Tage anwendbar sein mögen, bleibt noch zurück.

Die wissenschaftliche Nachweisung, wie sich die Sache da verhielt, wo sie ihre Quelle hat, wird natürlich stets eine berechtigte sein. Freilich ist es traurig, wenn sie nur zu dem negativen Ergebniß führt, daß uns eine weite Entfernung nicht von dem Ursprünglichen, sondern von dem Richtigen trennt. Die heutige Rechtskraftslehre kann ihre Schwächen nicht verhehlen.

Sie fühlt sich, wie jeder Praktiker weiß, bald zu eng, bald zu weit, nie genügend.[42]

Aber was nun machen? Soll die Sentenz gegen und für Jeden wirken, oder soll sie auch unter den Parteien anfechtbar sein? Welche Alternative soll man ergreifen? Wir haben doch jetzt einmal nur die „juridische" Wahrheit des Civilprozesses. Dann sind wohl alle römischen Grundsätze unbrauchbar geworden? Das sind sie in der That, wenn man die juridische Wahrheit behalten will.

Sind aber die römischen Ansichten über die Wirkung des Urtheils verständig, und das wird man wohl annehmen müssen, so lange nicht Jemand etwas Besseres bringt, so gibt es, wenn es denn wünschenswerth erscheint, sie, man kann kaum sagen, zu erhalten, sondern vielmehr erst recht zu erwerben, nur einen Weg.[43] Die Antwort, was mit der Judikatslehre werden, wie man sie noch heute praktisch machen soll, ist höchst einfach, aber auch die einzig mögliche. Fort mit dem Trugbild der juridischen Wahrheit,[44] dieser größten aller ererbten Plagen der Gerechtigkeit.

---

42) Am drückendsten ist das Verhältniß der Zivil- und Kriminalurtheile zu einander. Dies nach den hier dargestellten Prinzipien dogmatisch zu entwickeln, muß hier vorbehalten bleiben.

43) Der auch der einzige ist, welcher andere große Abschnitte des Zivilrechts in ihr rechtes Licht setzt.

44) Vgl. darüber meine Ausführungen im Archiv für civ. Prax. von Bd. 41. Nr. IV. an. Eine ausführliche Darstellung der Beweislehre, aus deren Untersuchung auch diese Schrift hervorgegangen ist, wird in aller Kürze der Oeffentlichkeit übergeben werden.